

**UNIVERSIDAD CATÓLICA LOS ÁNGELES
CHIMBOTE**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA DE POSGRADO DE DERECHO**

**EI RÉGIMEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE
SERVICIO (CAS) Y LA VULNERACIÓN DE LOS
DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES,
PERIODO 2013 - LIMA. 2015**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN
DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD
SOCIAL**

**Autor:
Juan Carlos Blondet Valdivia**

**Asesora:
Dra. Wilma Yecela Livia Robalino**

**Lima – Perú
2015**

JURADO EVALUADOR Y ASESOR

**Dr. Diógenes Jiménez Domínguez
Presidente**

**Mgtr. Daniel Moscol Aldana
Secretario**

**Mgtr. Braulio Zavaleta Velarde
Miembro**

**DRA. Wilma Yecela Livia Robalino
Asesora**

AGRADECIMIENTO

A Dios y a mis semejantes; Por acompañarme en el servicio a mis semejantes a través del ejercicio de la profesión de Abogado.

A los señores catedráticos:

Quienes integran la distinguida Planta Académica de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote - ULADECH, por contribuir a mi perfeccionamiento profesional en el grado de Maestría.

Juan Carlos Blondet Valdivia

DEDICATORIA

A mi familia; Por su invaluable paciencia al haberme acompañado en el esfuerzo sostenido de alcanzar mis metas profesionales.

A mi asesora metodóloga:
Dra. Yecela Livia Robalino,
por sus enseñanzas impartidas

Juan Carlos Blondet Valdivia

RESUMEN

La presente Tesis abordó el tema que se planteó como problema: ¿Cuáles son los efectos laborales y jurídicos que generan la vulneración de los derechos laborales en el régimen de contratos del Régimen CAS - Decreto Legislativo N° 1057 en el distrito de Lima, periodo 2013?, el objetivo fue: Determinar los efectos laborales y jurídicos que generan la vulneración de los derechos laborales en el régimen de contratos del Régimen CAS - Decreto Legislativo N° 1057, en el distrito de Lima, periodo 2013, la metodología fue de tipo descriptivo correlacional. La unidad muestral régimen cas y derechos laborales, los resultados se derivan del Decreto Legislativo 1057. En conclusión, los derechos laborales esenciales que se vulneran a los trabajadores por el régimen CAS, conforme a la aplicación de la Ley de Eliminación del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento, son: El derecho al descanso, el derecho a vacaciones, gratificaciones y esencialmente el derecho a una mínima estabilidad laboral toda vez que se comete contra ellos un cese intempestivo de su actividad laboral así como en ocasiones se materializa el despido arbitrario, vulnerando de esta manera sus derechos constitucionales.

Palabras claves: contrato administrativo, metodología y vulneración de derechos

ABSTRACT

This thesis addresses the issue that was raised as a problem: What are the labor and legal effects of the violation of labor rights is generated in the CAS regime Regime contracts - Legislative Decree No. 1057, in the district of Lima, 2013 period ?, the objective was: To determine the legal effects of labor and the violation of labor rights is generated in the CAS regime Regime contracts - Legislative Decree No. 1057, in the district of Lima, period 2013, the methodology was descriptive correlational. The sampling unit cas regime and labor rights, the results arising from Legislative Decree 1057. In conclusion, core labor rights as workers are violated by the CAS system, according to the implementation of the Law on Elimination of CAS- Regime Decree Legislative No. 1057 and its regulations are: The right to rest, the right to holidays, bonuses and essentially the right to a minimum job security since they committed against an untimely end to their work and occasionally materializes arbitrary dismissal, thus violating their constitutional rights.

Keywords: contract, methodology and violations

INDICE

Título de la Tesis	i
Firma del Jurado y Asesor	ii
Agradecimiento	iii
Dedicatoria.....	iv
Resumen	v
Abstract.....	vi
Índice	vii
Índice de gráficos y tablas	ix
I. PLANTEAMIENTO DE ESTUDIO.....	01
1.1. Introducción.....	01
1.2. Formulación del Problema y Justificación del Estudio	26
1.3. Antecedentes Relacionados Con El Tema.....	27
1.4. Objetivo General y Objetivos Específicos	30
II. EL MARCO TEÓRICO	32
2.1. Bases Teóricas Relacionadas con el Estudio	32
2.1.1. Contrato Administrativo de Servicios.....	32
2.1.2. Regulación Jurídica.....	33
2.1.3. Beneficios Concedidos a los Trabajadores no Autónomos.....	36
2.1.4. Antecedentes: La Contratación de Servicios no Personales Durante El Periodo 1990 – 1999	37
2.1.5. Fundamentos sobre los Contratos de Servicios No Personales	40
2.1.6. Situación actual de los Servidores Públicos.....	43
2.1.7. Los Trabajadores Bajo El Régimen Cas del Dec. Leg. 1057.....	45
2.1.8. Los Derechos Fundamentales de la Persona Humana	46
2.1.9. El Derecho Laboral Individual de Trabajo Elemento de Protección Socio Económico de La Persona Humana en el Estado de Derecho	55
2.1.10. El Contrato de Trabajo.....	71
2.1.11. Principales Beneficios Laborales.....	76
2.1.12. Contratación Laboral en el Sector Público: Clases de Contrato	

de Trabajo	83
2.1.13. Contrato de Trabajo del Régimen Privado	84
2.1.14. Contrato de Trabajo del Régimen Público	87
2.1.15. Contrato de Locación de Servicios	90
2.1.16. Contrato de Servicios No Personales.....	91
2.1.17. El Contrato Administrativo de Servicios.....	93
2.1.18. Régimen Laboral Especial.....	101
2.1.19. Análisis y Crítica de los Fundamentos de la Sentencia del Tribunal	113
2.1.20. Inconstitucionalidad Formal del Decreto Legislativo 1057.....	114
2.2. Definición de términos usados.....	121
2.3. Hipótesis	121
2.4. Variables	122
III. METODOLOGÍA.....	123
3.1. Diseño de la Investigación	123
3.2. Población y Muestra	123
3.3. Técnicas e Instrumentos.....	123
IV. RESULTADOS	124
4.1. Resultados	124
4.2. Análisis de los Resultados	134
V. CONCLUSIONES	141
RECOMENDACIONES	142
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	143
ANEXOS	145

INDICE DE TABLAS

TABLA N° 01.....	124
TABLA N° 02.....	125
TABLA N° 03.....	126
TABLA N° 04.....	127
TABLA N° 05.....	128
TABLA N° 06.....	129
TABLA N° 07.....	130
TABLA N° 08.....	131
TABLA N° 09.....	132
TABLA N° 10.....	133

INDICE DE GRAFICOS

GRAFICO N° 01	124
GRÁFICO N° 02	125
GRÁFICO Nª 03.....	126
GRÁFICO Nª 04.....	127
GRÁFICO Nª 05.....	128
GRÁFICO Nª 06.....	129
GRÁFICO Nª 07.....	130
GRÁFICO Nª 08.....	131
GRÁFICO Nª 09.....	132
GRÁFICO Nª 10.....	133

I. PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. Introducción

La presente investigación jurídica trata acerca de la problemática que se ha venido teniendo acerca de los Trabajadores que se han venido desempeñando bajo los diferentes sistemas o regímenes de Contratación Administrativa de Servicios; desde aquellos que se situaban bajo el sistema de contratación de servicios no personales de los años noventa, luego durante la vigencia de ejecución del Decreto Legislativo N° 1057 del 2008 (Régimen CAS), y de los que se desempeñan actualmente bajo el Régimen Especial de Contratos Administrativos de Servicios acorde a la Ley N° 29849 del 2012, sobre la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales.

Para efectos del análisis y tratamiento jurídico – laboral que desarrollo en esta tesis, fundamento y analizo a profundidad sobre la situación de los trabajadores del sector público y privado en los diferentes regímenes laborales especiales señalados anteriormente, precisando acerca de las ventajas, garantías, limitaciones y problemas que han tenido respectivamente los trabajadores con relación a sus derechos fundamentales en materia laboral, de sus remuneraciones y gratificaciones, y de otros aspectos característicos de consideración sobre el desempeño de la actividad laboral bajo el sistema de contratación de servicios no personales, y en lo que ha venido siendo Pabajo régimen CAS; considerando así por ello la evolución y desarrollo de los regímenes laborales que se han venido dando en el periodo 1990 – 2013; caracterizando los problemas laborales, así como determinando y explicando políticas y medidas jurídicas que se han aplicado hasta la actualidad, para mejorar la situación de formalización de estos trabajadores bajo régimen CAS.

Aparte del estudio retrospectivo que efectúo sobre el comportamiento y situación de los trabajadores bajo el referido régimen en las décadas pasadas, también propongo recomendaciones y medidas para asegurar la estabilidad laboral y los derechos de los trabajadores de régimen CAS, que por la eliminación progresiva que se viene dando desde el 2012 de dicho régimen, será necesario aplicar un régimen transitorio para evitar despidos masivos, inestabilidad social derivada y efectos coyunturales negativos.

1.1.1. Caracterización del Problema.

El 06 de abril del 2014, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Ley N° 29849 denominada "Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales". De la remisión del Proyecto aprobado por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo, existían en varios sectores de la población laboral estatal y representantes políticos “esperanzas encontradas”, de un lado, los primeros anhelaban que el Poder Ejecutivo observe dicha Ley y de otro lado, quienes esperaban que se proceda a su promulgación y correspondiente publicación.

Dicha Ley tiene como finalidad escondida justificar que los actuales trabajadores CAS, algunos con más de 20 años de servicios en el Estado (sujetos a un contrato de Servicios No Personales SNP y a partir del 2008 a un Contrato Administrativo de Servicios) queden de un momento a otro en la calle, bajo el denominado “término de contrato”. En ese sentido, cabe empezar precisando de manera sucinta las características del denominado CAS, la determinación de su constitucionalidad por parte del supremo intérprete de la Constitución y las principales innovaciones en la reciente Ley.

1) Nacimiento y Validez Constitucional Del Decreto Legislativo 1057.

A raíz de la implementación del Tratado de Libre Comercio, y actuando en calidad de legislador delegado, al amparo de la Ley 29157, en el mes de Junio del 2008 el Poder Ejecutivo expidió el Decreto Legislativo 1057, mediante el cual se creó el régimen de Contratación Administrativa de Servicios. La dación de esta norma, habría tenido como finalidad, solucionar la problemática existente en las instituciones estatales en todas sus escalas de Gobierno –Nacional, Regional y Local- e incluyendo a los órganos constitucionales autónomos, en un aproximado de cerca Doscientos Mil trabajadores sujetos al denominado Contrato de Servicios No Personales –SNP-.

La publicación de este Decreto Legislativo tuvo a distinguidos laboristas como férreos defensores, argumentando el reconocimiento de derechos laborales, como la jornada laboral de 8 horas días o 48 horas semanales, o el tan ansiado derecho a la seguridad social, sea a través del acceso a un sistema de pensiones –público o privado- o el derecho a las

prestaciones de salud y claro está, el derecho al descanso anual. Sin embargo, desde su nacimiento, este régimen contractual privativo del Estado, tuvo serias contradicciones, pues de un lado, haciendo gala del reconocimiento de derechos laborales, contradictoriamente negaba su naturaleza laboral, situándola en la esfera del derecho administrativo.

Lo real y concreto, es que con el nacimiento del Contrato Administrativo de Servicios, el Estado sólo reconoció derecho a las prestaciones de salud financiando por el Estado en calidad de empleador. El derecho al acceso a un sistema de pensiones, al igual que en el caso de los trabajadores públicos o privados, se financia con un porcentaje de su remuneración, dependiendo de la afiliación al sistema público o privado de pensiones. Asimismo, se otorgó derecho a 15 días de vacaciones remuneradas anuales. El reconocimiento de otros derechos siempre se concretizaron por realidad práctica de las instituciones públicas, pues como en el caso de la jornada laboral de 8 horas diarias o 48 semanales y el descanso semanal de 24 horas continuas, eran inherentes a los demás trabajadores sujetos al Decreto Legislativo 276 o Decreto Legislativo 728 según sea el caso.

A raíz de la implementación régimen contractual privativo del Estado, se vislumbraban serios problemas para los trabajadores SNP, quienes de un momento a otro, veían en peligro su situación laboral, por lo que se promovieron sendas demandas en la vía constitucional y ordinaria, siendo lo resaltante, la demanda de Inconstitucionalidad promovida contra el Decreto Legislativo 1057, siendo que el Tribunal Constitucional goza de competencia exclusiva para el conocimiento de procesos constitucionales de control abstracto, emitió la sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-AI/TC, donde para sorpresa de muchos, se buscó justificar lo injustificable, determinándose que el Decreto Legislativo 1057 era constitucionalmente válido. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que dicho régimen era de naturaleza laboral y por ende correspondía que les sea reconocido a los trabajadores de este régimen, los derechos de naturaleza colectiva, es decir el derecho de sindicalización y Huelga regulados en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú. Ello dio lugar a la dación del Decreto Supremo N° 065-2011-PCM que modificó el Reglamento primigenio aprobado por Decreto Supremo N°

075-2008-PCM, incorporándose el articulado pertinente respecto al derecho de Sindicación y Huelga.

No obstante, los abusos y atropellos a la estabilidad de los trabajadores, se incrementaba en todas las instancias estatales, y se veían en total desamparo dada la sentencia del Tribunal Constitucional, cuya sentencia es vinculante para todos los Poderes Públicos y no pueden ser desacatadas por ningún magistrado del Poder Judicial bajo responsabilidad. Por ello, se dio iniciativa a proyectos de Ley que buscaban la derogación mediante Ley expresa de este Decreto Legislativo y el pase inmediato de los trabajadores, según el régimen laboral de cada institución pública.

La Comisión de Trabajo del Parlamento aprobó por unanimidad, el Proyecto de Ley que disponía la eliminación inmediata del Decreto Legislativo 1057 y el traspaso automático a la planilla estatal de los trabajadores que contaran con un mínimo de tres años de servicio. Por su parte, el Poder Ejecutivo, envió un Proyecto de Ley que establecía una suerte de derogación parcial y reconocimiento de otros derechos laborales, pasando por alto, las expectativas de miles de trabajadores. El tema de fondo quedó intocado: Los trabajadores del CAS no pasan a la planilla del Estado. Finalmente, el Pleno del Congreso, aprobó casi en su integridad el proyecto del Poder Ejecutivo. En ese sentido, en la Ley promulgada por el Poder Ejecutivo, resalta lo siguiente:

- Se establece la eliminación del Decreto Legislativo 1057 a partir del año 2013, la misma que será gradual y condicionada a la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil.
- Se define al Contrato Administrativo de Servicios, acorde a lo señalado por el Tribunal Constitucional, y se establecen los derechos otorgados a los trabajadores sujetos a éste régimen laboral especial. Para tal efecto, se modifican los artículos 3° y 6° del Decreto Legislativo 1057.
- Se establece la obligatoriedad Concurso Público para el ingreso de personal bajo este régimen laboral especial.

- Se establecen las Obligaciones y responsabilidades administrativas a los trabajadores sujetos a un CAS, vinculándolos a la Ley 28175 “Ley Marco del Empleo Público”, Ley 27815 “Ley del Código de Ética de la Función Pública”, así como a las demás normas de carácter general que regulen el servicio civil, entre otros.

- Se establece que el procedimiento disciplinario aplicable a los trabajadores sujetos a un CAS se establecerá mediante norma reglamentaria.

- Se establecen como causales de extinción del Contrato Administrativo de Servicios, las siguientes: a) Fallecimiento, b) Extinción de la entidad contratante, c) Renuncia, 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 que la causal de 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). Asimismo, se establece que el periodo de prueba es de tres (3) meses.

- Se establece la obligación de las entidades estatales, de emitir boletas de pago a los trabajadores sujetos a un CAS.

- Se establece que las remuneraciones de los trabajadores sujetos a un CAS, están calificadas como rentas de cuarta categoría.

- Respecto a la Contratación, bajo este régimen, de personal directivo, se exonera del requisito de Concurso Público; asimismo, se establece que solo puede ser contratado cuando exista una plaza orgánica contenida en el Cuadro de Asignación de Personal -C.A.P.- de la entidad.

- Asimismo, se establece el plazo de sesenta (60) días hábiles, para emitir la reglamentación respectiva, mediante Decreto Supremo.

2) El principio de “justicia presupuestaria” para justificar la derogación inmediata del Decreto Legislativo 1057.

Entre los defensores de la no derogación inmediata del Decreto Legislativo 1057, prima como uno de los argumentos medulares, el aspecto presupuestal, o dicho en otras

palabras, el peligro del presupuesto nacional, para garantizar el traslado de los trabajadores CAS a las planillas estatales. No obstante, son los propios principios presupuestales, los que justifican y garantizan la existencia un trato igualitario, entre quienes son iguales, a saber, trabajadores del Estado. Para tal efecto, basta remitirnos a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00004-2004-CC/TC (Caso Conflicto de competencias entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo), en cuyo F. J. 09, desarrollo los once principios que rigen y orientan el Presupuesto Nacional, siendo ellos a saber: a) Principio de legalidad, b) Principio de competencia, c) Principio de justicia presupuestaria. d) Principio de equilibrio financiero, e) Principio de unidad, f) Principio de exactitud, g) Principio de anticipación, h) Principio de anualidad, i) Principio de programación, j) Principio de estructuración, k) Principio de no afectación.

De los once principios presupuestales, es oportuno y suficiente, remitirnos al principio de “Justicia Presupuestaria”, por el cual, a tenor de lo desarrollado por el Tribunal Constitucional, garantiza que “la aprobación o autorización para la captación de ingresos y la ejecución de gastos supone un compromiso con la consagración de valores comunitarios y la construcción del bien común. De allí que los fines estatales previstos en el texto fundamental de la República se constituyan en la razón de ser y en el sentido de la actividad presupuestal”. No reviste mayor análisis jurídico, establecer que constituye un valor comunitario y consecuente garantía del bien común, dar medidas normativas con incidencia presupuestal, para que todos los trabajadores estatales tengan un trato igualitario, es decir, obtener las mismas condiciones por la igualdad de un trabajo prestado. Asimismo, en atención al Principio de Unidad Presupuestal.

En ese sentido, llama la atención lo señalado en la Segunda Disposición Complementaria y Final de la Ley 29849, al establecer que los gastos que irroque el pago de remuneraciones y demás derechos a los trabajadores sujetos a un CAS, se mantendrán en la Cuenta Genérica de Gastos 2.3 “Bienes y Servicios”. Es decir, el Estado tiene dinero para pagar remuneraciones y beneficios laborales a los trabajadores sujetos a un CAS bajo la cuenta “Bienes y Servicios”, pero no tiene dinero, para pagar remuneraciones y beneficios laborales a través de la cuenta “Planilla de remuneraciones y Pensiones”. Acaso, resulta

inviabile establecer una transferencia parcial de la Cuenta “Bienes y Servicios” a la cuenta “Planilla de remuneraciones y Pensiones”?, la respuesta es evidente, no puede existir exclusividad en las cuentas estatales. Así por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente (acumulados) N° 015-2001-AI/TC, 016-2001- AI/TC y N° 004-2002-AI/TC (Caso Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia N.º 055-2001, y la Ley N° 27684), al analizar la constitucionalidad el artículo 42º de la Ley 27584, modificada por Ley 27684, que regulaba el pago de sentencias judiciales por parte del Estado, el supremo intérprete de la Constitución, señaló en el F.J. 40, lo siguiente “En efecto, al establecerse que “única y exclusivamente” dichos montos provendrán del Pliego Presupuestario en el que tuvo origen la deuda, se niega la posibilidad de afectar la existencia de partidas presupuestarias especiales comunes a todos los pliegos para cubrir las respectivas obligaciones”. Bajo el mismo razonamiento, es plenamente viable que aquellos trabajadores que tienen una antigüedad mayor a tres años, puedan pasar a las planillas de cada institución, según el régimen laboral que en la actualidad de aplica en cada uno de ellos, con el correspondiente traslado de recursos de una Cuenta a otra, quedando únicamente por financiar el saldo que involucraría el reconocimiento de los demás beneficios laborales. Incidimos en que la igualdad de trato, no puede quedar desbaratada ni limitada a la falta de capacidad presupuestal y ordenamiento de cuentas estatales, más que a inexistencia de recursos.

3) La Eliminación del Decreto Legislativo 1057, sujeto a condición suspensiva – inexistencia del régimen de Servicio Civil y su inconstitucionalidad por Omisión

Esta sea quizá a nuestro modesto entender la principal causa de quitarle seriedad a la reciente Ley promulgada, pues se convierte en una suerte de “Ley muerta” al establecer en su Segunda Disposición Complementaria Transitoria que su implementación se sujeta de manera gradual con la implementación del nuevo régimen del servicio civil, sobre el cual, no se conocen antecedentes de Proyectos que a la fecha se encuentren a nivel de Comisiones del Congreso, y aun cuando estos existiesen, lo real y concreto es que a la fecha no existe un régimen de servicio civil.

Desde la dación de la Ley Marco del Empleo Público en el año 2004, se está a la espera de las leyes que hagan viable la instauración de un régimen unitario y global para el personal al servicio del Estado, sin embargo, a casi ocho años de su expedición, no se cuenta a la fecha con la referida Ley. Por el contrario, se han emitido Decretos Legislativos como es el caso del Decreto Legislativo 1024 que crea y regula el “Cuerpo de Gerentes Públicos”, el Decreto Legislativo 1023 que crea la “Autoridad Nacional de Servicio Civil - SERVIR”, el Decreto Legislativo 1026 que “Establece un régimen especial facultativo para los Gobiernos Regionales y Locales que deseen implementar procesos de modernización institucional integral”, entre otros dispositivos de igual naturaleza, que no hacen otra cosa más que dejar en claro que la dación de la Ley que regule en nuevo régimen de servicio civil, es una posibilidad mucha más remota que la tan ansiada derogación del Decreto Legislativo 1057.

En ese sentido, como si no fuese ya suficiente, nos vemos que la derogación del Decreto Legislativo 1057, está íntimamente ligada a la existencia de un vicio de inconstitucionalidad por omisión, respecto a la dación de la Ley que regule el nuevo régimen de servicio civil. Al respecto, la doctrina constitucional, en palabras de Nestor Sagues, refiere que si la Constitución dispone u ordena algo, ello “debe cumplirse, aunque el Parlamento (y hasta el electorado) piensen lo contrario: la Constitución está por encima del cuerpo comicial y de sus representantes. Solamente así se entiende el valor del principio «supremacía constitucional»; y es precisamente a la judicatura a quien le toca tutelar esa supremacía, ante las infracciones (por acción u omisión) de los operadores de la Constitución”. A la fecha, los sucesivos gobiernos, han venido incumpliendo su obligación constitucional de expedir las leyes respectivas que permitan viabilizar un régimen de servicio civil único para todo el personal estatal, vicio de inconstitucionalidad por omisión que en la actualidad, nos sitúa en el presente escenario, cuya consecuencia, no es otra que situar en un estado de indefensión a los trabajadores sujetos a un CAS.

Dicho vicio de Inconstitucionalidad, se acentúa mucho más, si tenemos presente que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2005- PI/TC (Caso Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28175), estableció en el

punto cuatro de su parte resolutive lo siguiente: “EXHORTAR al Congreso de la República para que con el carácter de prioritario y urgente apruebe, en la presente legislatura, las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública”.

No obstante, han transcurrido más de seis años desde la dación de dicha sentencia, y lo que tenemos en la actualidad, ha sido la dación de un Decreto Legislativo 1057, que abruptamente y vestido en un ropaje de legalidad, recorta derechos laborales, desconociendo los principios de uniformidad, equidad y modernización, que como señala el Tribunal Constitucional, son determinantes para el adecuado sostenimiento y funcionamiento de la Administración Pública.

De una lado, se pretende justificar la existencia del Contrato Administrativo de Servicios, basado en que sería inmanejable transferir a tales trabajadores a las planillas, ya sean del régimen 276 o del régimen 728; sin embargo, contradictoriamente se postula su eliminación progresiva acorde a la Ley de servicio civil que unificaría a todos los trabajadores del Estado, independientemente del régimen laboral al que estén adscritos en la actualidad. Aquí podemos concluir, que la Ley 29849, justifica la eliminación progresiva del Decreto Legislativo 1057, en un imaginario, si no es que podemos definirlo como una utopía legislativa, como lo es, la regulación normativa del nuevo régimen de servicio civil.

4) La Situación de los Trabajadores Sujetos al Contrato Administrativo de Servicios Previo a la Eliminación del Decreto Legislativo 1057.

Con anterioridad al Decreto Legislativo 1057, coexistían tres regímenes aplicables al personal al servicio del Estado: a) el régimen general público o estatutario, regulado por el Decreto Legislativo N° 276, b) el régimen laboral privado regulado por el Decreto Legislativo N° 728, y c) Los servicios no personales - SNP, regulado por el Código Civil; con la dación del Decreto Legislativo N° 1057, se reemplazó a los denominados “SNP”, bajo el argumento del reconocimiento de ciertos derechos laborales, pero legalizando la inexistencia de estabilidad laboral de salida para estos trabajadores, con lo cual, se trajo

abajo la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de la República y el propio Tribunal Constitucional, donde se estableció el derecho a reposición de los trabajadores “SNP”, así como el reconocimiento y otorgamiento del conjunto de derechos laborales, vía aplicación del principio de primacía de la realidad.

Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional, ha sido el Órgano Constitucional que ha reconstruido derechos laborales que fueron despojados o limitados por la legislación laboral emitida en la década de los noventa; en el presente caso, se ha convertido, en el garante de una vulneración de derechos constitucionales, como son a la estabilidad laboral, ligada al derecho a la igualdad ante la Ley. Para el Tribunal Constitucional, dos trabajadores del Estado, que realizan la misma labor, en la misma institución, y hasta en la misma oficina, no pueden tener el mismo derecho de estabilidad, por la sencilla razón que uno puede estar adscrito al decreto legislativo 276 o 728 y el segundo, la mala suerte de estar contratado al amparo del Decreto Legislativo 1057.

El Congreso con la expedición de la Ley 29849, ha consagrado y dotado de legalidad, que el trabajador sujeto a un CAS, no tiene derecho a estabilidad, en los términos de obtener su reposición en el empleo, a tal punto, que se ha establecido de manera reprochable, como causa de la extinción del contrato de trabajo, la resolución arbitraria o injustificada. En este aspecto, consideramos un exceso que el abuso del derecho, pueda ser investida de legalidad, una cosa, es señalar que el despido en los casos de falta grave sea considerado como causal de extinción de la relación laboral y otra muy distinta, es señalar que el despido, injustificado, irracional e inmotivado, pueda ser considerado como tal.

La realidad jurídica, se relaciona íntimamente con la realidad política para formar un solo escenario, el mismo que es un desmedido uso de la causal de vencimiento del plazo del contrato o la resolución arbitraria e injustificada, para dejar a miles de trabajadores en la calle, y como quiera que éstos, no tienen derecho a una Compensación por Tiempo de Servicios, se ven sumamente desprotegidos, en un evidente y manifiesto estado de indefensión de relevancia constitucional. A modo de ejemplo, tomaremos como ejemplo, el

caso de trabajadores de COFOPRI que pese a laboral por varios años, fueron despedidos bajo el argumento de término de contrato, al estar sometidos a un CAS:

- Expediente N° 03344-2010-PA/TC (Caso Lengua Hernández). Trabajador que ingresó a laborar en el año 2002 sujeto a un contrato SNP, en Julio de 2008, suscribe un contrato CAS y en el mes de dicho año, su contrato no es renovado. Como es de suponer, el Tribunal Constitucional, declaró INFUNDADA la demanda.

- Expediente N° 00773-2011-PA/TC (Caso Gutiérrez Leguía). Trabajador que ingresó a laborar en el año 2003 sujeto a un contrato SNP, en Julio de 2008, suscribe un contrato CAS y en el mes de octubre de dicho año, su contrato no es renovado. Como es de suponer, el Tribunal Constitucional, declaró INFUNDADA la demanda.

- Expediente N° 01154-2011-PA/TC (Caso Huanca Herrera). Trabajadora que ingresó a laborar en el año 1997 sujeto a un contrato SNP, en Julio de 2008, suscribe un contrato CAS y en el mes de mayo de 2010, su contrato no es renovado. Como es de suponer, el Tribunal Constitucional, declaró INFUNDADA la demanda.

- Expediente N° 03818-2009-PA/TC (Caso Leal Maytahuari). Trabajador que ingresó a laborar en el año 2001 sujeto a un contrato SNP, en Julio de 2008, suscribe un contrato CAS y en el mes de octubre de dicho año, su contrato no es renovado. Como es de suponer, el Tribunal Constitucional, declaró INFUNDADA la demanda.

La lista de trabajadores sujetos a un CAS que han obtenido una sentencia Infunda es interminable y se repite en todas las instituciones públicas en sus tres niveles de gobierno y los órganos constitucionales autónomos, no siendo ajeno el propio Tribunal Constitucional. En ese sentido, es evidente que antes que se dé la “eliminación” del Decreto Legislativo 1057, es muy probable que por cuestiones sean de discrepancia o afinidad política con el gobierno de turno, muchos trabajadores queden en la calle, y/o sean reemplazados por otros; por ello, colegimos con meridiana certeza, que la Ley 29849, no soluciona en nada el problema laboral de los ex trabajadores SNP ahora sometidos a un CAS.

Considero que esta Ley se torna lesiva de derechos fundamentales, siendo evidente su inconstitucionalidad material, al igual que el Decreto Legislativo 1057, y si algo

debemos resaltar, es la existencia de un vicio de Inconstitucionalidad por omisión, respecto a la inexistencia de una Ley que regule un único régimen de servicio civil.

5) Vulneración de Derechos Laborales de los Trabajadores

Los Contratos Administrativos de Servicio (CAS) se constituyen actualmente en una modalidad adicional de contratación laboral en la administración pública, habiendo sido anteriormente reconocidos y ejecutados como contratos de locación de servicios no personales, pero que con la dación del Decreto Legislativo N° 1057, publicado el 28 de junio del 2008, se regula como régimen especial de contratación laboral para el sector público, implicando la no consideración de los derechos laborales esenciales de los trabajadores anteriormente contratados, antes del 2008, por servicios no personales, sobre las actividades laborales que ejercieron en horas extras y entre otras que básicamente los situaba en ser considerados como trabajadores dependientes de la entidad pública en que brindaban sus servicios, pero que conforme a la modalidad de contratación referida eran considerados como no dependientes de la institución pública y no formaban parte de la planilla correspondiente de servidores públicos; no teniéndose en cuenta determinados derechos laborales fundamentales de estos trabajadores, como el pago de una remuneración justa por los servicios brindados en horas extras, el de acogerse debidamente al sistema de protección contra el despido arbitrario establecido en la Ley N° 24041 (28/12/1984), y entre otros derechos fundamentales en materia laboral (de la no discriminación, el de ejercer la sindicación y huelga laboral); siendo la misma problemática que se mantiene desde que entró en vigencia la Ley N° 24041 hasta la actualidad, estableciéndose un marco regulatorio en que los trabajadores anteriormente contratados por locación de servicios no personales pasan a estar bajo la modalidad de contratación especial de administración de servicios, en configuración de ya no ser un contrato administrativo o desarrollado por vía administrativa, sino que pasa a ser una forma de contrato laboral al respecto, de consideración tanto para el derecho laboral público y privado; teniéndose así una ley que sujeta a los trabajadores por CAS a las exigencias o requisitos ya conocidos anteriormente de su modalidad laboral

(como máximo 48 horas a la semana en prestación de servicios, descanso de quince 15 días por vacaciones al año, etc.) limitándose así por vía legal el ejercicio y reclamo de los justos derechos laborales que estos trabajadores deben ostentar en sí y ser amparados al respecto, ya que a la semana un 85% de estos trabajadores han venido realizando más de 48 horas además de las horas extras que han efectuado en sí, por lo que ameritan tener una mayor remuneración similar a la que percibe un trabajador público y de lo que percibe además por horas extras, lo que no llega a percibir en sí el trabajador por CAS.

Además de tenerse en cuenta que un trabajador público contratado por régimen convencional de acuerdo a los Decretos Legislativos 276 (06/03/1984) y 728 (08/11/1991), tiene derechos a mayores gratificaciones y a 30 días de vacaciones, a diferencia del trabajador por CAS que tiene limitada gratificación laboral y solo 15 días de vacaciones, llegando a ejercer mayores horas de trabajo extra sin reconocimiento alguno por el empleador público. Se tiene así que los trabajadores que anteriormente fueron contratados por locación de servicios no personales, de ejecución por vía administrativa y sin un marco legal al respecto por entonces, y que tras la vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, de junio del 2008 pasarían a estar bajo la modalidad contractual del CAS, aún mantienen la misma problemática crítica de que sus derechos laborales esenciales que han venido reclamando seguirán siendo vulnerados permanentemente mientras esté en vigencia el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento respectivo, pese a que se ha tratado de declarar inconstitucional dicha ley ante el Tribunal Constitucional, pero que por fuerza mayor legal y considerando defender los derechos laborales de los trabajadores CAS ante la supuesta derogación del decreto, hasta que se estableciera un marco legal al respecto, finalmente el TC mediante sentencia del Expediente N° 00002-2010-PI/TC reconfirmó la validez legal y constitucional del Decreto Legislativo N° 1057, pese al reclamo de diversos trabajadores contratados anteriormente por locación de servicios no personales, y de sustentarse fundamentos realmente válidos jurídicamente de que no se necesitaría un régimen especial de CAS ya que existen los regímenes de contratación para instituciones públicas y entidades públicas de derecho privado respectivamente acorde a lo establecido en los Decretos Legislativos 276 y 728; y que dadas las condiciones laborales en que los

trabajadores por servicio no personal venían ejerciendo similarmente como trabajadores públicos contratados en las modalidades de los decretos legislativos referidos, resultaba en cierta forma innecesaria la promulgación del Decreto Legislativo N° 1057, teniéndose en cuenta lo señalado anteriormente.

6) Conflicto de disposiciones normativas sobre protección laboral ante causales de despido arbitrario o nulo

Otro problema que se tenía al respecto era acerca de que al promulgarse el referido decreto estando aplicable desde junio del 2008, los trabajadores que serían contratados recientemente por CAS, no estarían al amparo de la Ley N° 24041 para ser restablecidos aquellos en sus puestos de trabajo por causa de despido arbitrario o nulo, considerándose que anteriormente bajo contrato de locación de servicios no personales sí podían acogerse a la mencionada ley, al cumplirse los requisitos exigidos de haberse superado el año de servicios y si dichos trabajadores ejercían su actividad laboral de naturaleza permanente, condiciones que por demás han sido ampliamente demostradas por trabajadores que actualmente se han sometido al CAS derivando del régimen anterior de contrato administrativo, pero que los actuales trabajadores sometidos al régimen especial del D.L. 1057 desde el 2008 hasta el presente no vienen ejerciendo su derecho correspondiente a la Ley N° 24041, ya que el decreto establece que los derechos y obligaciones de estos trabajadores se someten a las disposiciones del mismo y del reglamento respectivo, y no a un régimen de contratación laboral existente o de normatividad de carrera administrativa para el Sector Público; lo que indican las normas legales correspondientes que ante problemas de despido arbitrario o nulo, para su solución los trabajadores deberán seguir el procedimiento administrativo correspondiente ante el órgano competente de la institución para solucionar la controversia de despido, o consiguientemente pasar a instancia del Ministerio de Trabajo a efectos de obtener la resolución administrativa de instancia laboral al respecto, y caso de proseguir la impugnación a la resolución administrativa efectuarse el correspondiente proceso contencioso – administrativo ante las instancias judiciales; teniéndose en cuenta que se aplica esta disposición sobre los trabajadores de CAS por la naturaleza temporal de su actividad laboral cuando realmente por condiciones propias del

D.L. 1057, estos trabajadores suelen prorrogar su actividad temporal y ejercer labores más permanentes. Se debe considerar la segunda parte del primer párrafo del artículo 3 del Decreto Legislativo que establece que el contrato administrativo de servicios se regula por dicha norma, y no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. El reglamento del decreto dice lo propio en su artículo 1, aunque precisa que se rige por normas de derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057 y del mismo reglamento. Dicho de otro modo más concluyente, el trabajador contratado por el Estado mediante un contrato administrativo de servicios, no está comprendido en el ámbito de aplicación del sistema de protección contra el despido arbitrario regulado por la Ley N° 24041.

Toda relación contractual es potencialmente una fuente de conflictos, más si esta relación es de naturaleza laboral. Desde nuestro punto de vista el panorama relacionado a la ejecución de los contratos administrativos de servicios y las causas de extinción de los mismos nos muestra las siguientes fuentes de conflicto:

7) Por despido justificado

De acuerdo al literal f, del numeral 13.1, del Artículo 13 del reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, la decisión del empleador de extinguir el contrato en función de su decisión unilateral, puede basarse en dos supuestos: 1) El incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato y, 2) La deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas.

De acuerdo al numeral 13.2, del Artículo 13 del reglamento, la decisión de extinguir unilateralmente el contrato en forma justificada, para el empleador al menos, agota la vía administrativa quedando expedito el derecho del contratado para “acudir a la sede judicial conforme a las reglas del proceso contencioso administrativo” (Artículo 16 del reglamento).

Entonces, ¿qué es lo que se discutirá en sede judicial? la respuesta indudablemente es que si existió o no la causa justa de despido, o si la decisión se tomó al margen de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Pero, ¿cuál será la decisión judicial? indudablemente una que previa revisión del contrato, análisis de las obligaciones incumplidas y acreditación o no del incumplimiento (que es lo que estará en tela de juicio), así como, en su caso, la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas, declare que el despido fue injustificado y ordene el restablecimiento del derecho al trabajo del contratado.

Sin embargo, el plazo de duración del contrato y el tiempo de duración de un proceso contencioso administrativo, pueden jugarle una mala pasada al contratado que pretenda el restablecimiento de su derecho al trabajo, pues al momento de expedición de una sentencia estimatoria la relación contractual muy bien pudo haber concluido (téngase presente que es anual), más si se tiene presente que puede mediar una apelación y, eventualmente, un recurso de casación.

Considero que la pretensión ante un despido que para la entidad es justificado y que para el contratado no lo es, será ilusoria ante lo que realmente dura el proceso contencioso administrativo por el que debe transitar.

8) Por despido arbitrario

Así como en el régimen laboral privado existe el artículo 34 del Decreto Supremo N° 03-97-TR., que autoriza al empleador a despedir al trabajador arbitrariamente, debiendo pagar únicamente una indemnización por el despido arbitrario, el reglamento de la ley que comentamos también tiene lo suyo: “Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses.” (Numeral 13.3, del Artículo 13 del reglamento).

A la fecha se conoce muy bien cuál ha sido el pronunciamiento de la jurisprudencia constitucional con relación a los despidos incausados o arbitrarios (STC. N° 976-2004-AA/TC. Caso: Eusebio Llanos Huasco); sencillamente, mediante los procesos de amparo se han protegido y actualmente se protegen a los trabajadores de la actividad privada que son despedidos arbitrariamente y, mediante el proceso contencioso administrativo se protege a los empleados públicos que son despedidos al margen del proceso administrativo disciplinario (STC. N° 0206-2005-PA/TC. Caso: César Baylón Flores) y para quienes han sido contratados mediante el contrato administrativo de servicios si acaso no se cumple el debido proceso administrativo disciplinario establecido en el numeral 13.2 del reglamento, e incluso el debido proceso sustantivo, de seguro estos criterios de la jurisprudencia constitucional le serán aplicables.

Entonces, ¿qué sucederá cuando un contratado, en el marco de la ley y el reglamento que comentamos, es despedido arbitrariamente? es probable que éste inicie un proceso contencioso administrativo para que se le restituya en su ejercicio al derecho al trabajo, lo que además deberá transitar por una previa evaluación y declaración de inconstitucionalidad del numeral 13.3, del Artículo 13 del reglamento, para ordenar su reposición por no haberse extinguido el contrato administrativo de servicios, mediando el correspondiente procedimiento para ello. Ante ello siempre existirá la posibilidad de que la duración del proceso judicial rebase el plazo del contrato y sea imposible ordenar el restablecimiento del derecho al trabajo.

Aunque el numeral 13.3 del reglamento no lo exprese, cuando estamos ante un despido incausado (arbitrario) el contratado puede acudir a sede judicial, sin tener que agotar vía administrativa alguna; es por eso que la norma dice “el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses.” No creemos que el concepto de penalidad esté bien empleado en este caso, en efecto, la penalidad es, en principio, un pacto contractual que si bien en algunos casos lo imponen las normas (v.g. la legislación sobre contrataciones y adquisiciones del Estado), en el presente caso era más preciso hablar de una indemnización por el despido arbitrario, tal como lo contempla, por ejemplo, la legislación laboral privada

para el caso de resolverse, de igual modo, un contrato de trabajo temporal sujeto a modalidad.

Así se tendrá por consecuencia que las personas que estuvieron prestando servicios para el Estado, mediante contratos por servicios no personales que continúen prestando servicios, por haber celebrado un contrato administrativo de servicios, habrían dejado de estar comprendidos en el régimen de protección contra el despido arbitrario establecido por la Ley N° 24041. Existirán problemas respecto a los contratados mediante contratos de servicios no personales que, en aplicación de la Ley N° 24041 hayan sido repuestos judicialmente en su puesto de trabajo en tanto entraba en vigencia el Decreto Legislativo N° 1057, pues podrían sostener que ellos no están obligados a suscribir un contrato administrativo de servicios, sino a mantenerse en la contratación de servicios no personales.

Al respecto cabe considerar el caso de **despido arbitrario de Beatriz Rosaura Monroy Ríos por resolución expedida de la tercera sala civil de la corte superior de justicia de lima - 26 de agosto de 2010.**

En la sentencia resolutoria emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 26 de agosto de 2010; se llega a declarar infundada la reposición de la demandante a su puesto de trabajo, habiendo declarado la segunda instancia improcedente su demanda de amparo que fue apelada por la empresa demandada (TOPY TOP S.A.) sobre la resolución emitida en primera instancia por el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, que había declarado fundada dicha garantía constitucional a favor de la trabajadora demandante y afectada por caso de despido arbitrario, en cuanto a la procedencia de que fuera repuesta en su puesto laboral dentro de la empresa.

Con fecha 24 de abril de 2008 la recurrente interpone demanda de amparo contra TOPY TOP S.A., solicitando que se deje sin efecto el despido incausado del que ha sido objeto por su empleador, y que en consecuencia se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía ocupando al momento de su despido, más el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, incluyendo los intereses legales. Asimismo solicita se ordene a la emplazada evite realizar cualquier acción que limite el ejercicio de su derecho a la libertad

sindical. Manifiesta haber sido despedida el 28 de enero de 2008 pese a que ha laborado 9 años, 8 meses y 19 días, sin contrato escrito en la sección de Corte Exportación y encontrarse afiliada al Sindicato de Trabajadores Obreros de TOPY TOP S.A. Denuncia la afectación a sus derechos al trabajo y a la libertad sindical.

La sociedad emplazada contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada o improcedente, manifestando que la pretensión demandada requiere de un debate probatorio que resulta ajeno a la naturaleza del proceso constitucional y que la relación laboral que mantenía con la demandante se terminó porque fue objeto de un despido arbitrario que fue resarcido con una indemnización conforme lo dispone el artículo 34° del Decreto Supremo 003-97-TR, resultando falso que su afiliación al sindicato de trabajadores o la comisión de un hecho falso haya sido la razón de su despido. Asimismo refiere haber puesto a disposición de la demandante el pago de sus beneficios sociales e indemnización por despido arbitrario, el cual no ha hecho efectivo.

El Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 30 de octubre de 2009, declaró fundada la demanda en el extremo referido a la reposición, por estimar que la relación laboral que mantuvo la recurrente con la emplazada era de naturaleza indeterminada y que su despido resultaba incausado, declara asimismo infundada en el extremo relacionado a la afectación de su derecho a la libertad sindical e improcedente en cuanto al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, más los intereses.

La Sala Superior competente revocó la apelada en el extremo relacionado a la reposición de la demandante a su puesto de trabajo y lo declaró improcedente, por tratarse de una controversia de carácter individual privado.

En primer término cabe señalar que la sentencia de primer grado fue materia de apelación por parte de la Sociedad emplazada, sin que la demandante haya propuesto medio impugnatorio alguno, razón por la cual este Colegiado únicamente emitirá pronunciamiento sobre la pretensión de reposición por cuanto se alega que la demandante ha sido objeto de un despido arbitrario, más no sobre la pretensión referida al pago de las remuneraciones

dejadas de percibir, ya que ésta fue desestimada en primer grado y no fue apelada por la demandante.

Asimismo si bien resulta cierto que expresamente la demandante ha formulado su demanda alegando que la conclusión de su vínculo laboral con la emplazada se produjo como consecuencia de un despido fraudulento, también resulta cierto que del contenido de la demanda se aprecia alegatos que califican como despido incausado la culminación unilateral de su relación laboral, por lo que, en atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, establecidos en los fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, en el presente caso corresponde evaluar si la demandante ha sido objeto de un despido fraudulento o de un despido arbitrario.

En cuanto a la existencia de un despido fraudulento cabe señalar que la Sociedad emplazada expresamente a fojas 64 reconoce que el despido de la recurrente se efectuó al amparo del artículo 34° del Decreto Supremo 003-97-TR, razón por la cual carece de objeto analizar la supuesta existencia de un despido fraudulento. Por otra parte corresponde también analizar si la conclusión del vínculo laboral de la recurrente resulta arbitrario y por lo tanto inconstitucional desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional. Así cabe mencionar que en la STC 0976-2001-PA/TC, entre las modalidades de despido arbitrario se destaca el despido incausado, el cual se produce cuando “se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” (fundamento 15, b). En tal sentido un despido será justificado o injustificado en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión de causa o sin ella, es decir, cuando se indican (o no) los hechos que motivan y justifican la extinción de la relación laboral. Entonces, el despido será legítimo sólo cuando la decisión del empleador se fundamente en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso.

En el presente caso la recurrente sostiene que su relación laboral se inició y mantuvo mediante un contrato de trabajo verbal, ya que nunca habría firmado ningún contrato escrito. Sobre este hecho, pese a que la Sociedad emplazada ha participado activamente durante la tramitación del proceso, no ha contradicho ni presentado documento alguno que acredite los términos de la relación laboral que mantuvo con la demandante ya que únicamente a fojas 64 ha deslizado el argumento de que la demandante pretende “*cuestionar la constitucionalidad de ciertos regímenes de contratación (los de exportación no tradicional)*”; sin embargo, con la presentación del certificado de trabajo de fojas 45 y la liquidación de beneficios sociales, de fojas 89, queda comprobada la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado desde el 12 de mayo de 1998 hasta el 31 de enero de 2008, esto es, por 9 años, 8 meses y 20 días.

De acuerdo con el material probatorio citado y lo alegado por el propio empleador a fojas 64, no cabe duda que la relación laboral existente entre las partes era a plazo indeterminado, por lo que la demandante solo podía ser despedida por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral, lo que no ha sucedido en el presente caso, razón por la cual la demanda debe ser estimada, pues la demandante ha sido objeto de un despido arbitrario y no ha elegido reparar la vulneración de su derecho al trabajo a través de una indemnización por despido arbitrario.

Sin perjuicio de lo expuesto cabe precisar que el hecho de que el empleador haya efectuado el depósito de la liquidación de beneficios sociales de la demandante, incluyendo el pago de la indemnización por despido arbitrario, ello no significa señal alguna de aceptación del pago de esta última, dado que, conforme lo ha establecido este Colegiado a través de la STC 03052-2009-PA/TC, el cobro de los beneficios sociales que por derecho le corresponde percibir al trabajador (compensación por tiempo de servicios, vacaciones trunca u otros conceptos remunerativos) no supone el consentimiento del despido arbitrario, salvo que el afectado acepte el pago de la indemnización otorgada por el empleador, en cuyo caso, operará la garantía indemnizatoria contenida en el artículo 34° del Decreto Supremo 003-97-TR, por lo que el trabajador no podrá luego pretender su reposición a través del proceso de amparo; situación que en el caso de autos, no se ha

presentado, por lo que dicho alegato carece de sustento para sostener que ha operado la sustracción de materia controvertida en el presente caso.

En la medida en que en el presente caso se ha acreditado que TOPY TOP S.A. ha vulnerado el derecho al trabajo de la recurrente, corresponde de conformidad con el artículo 56° del Código Procesal Constitucional, condenar a la Sociedad emplazada al pago de las costas y costos procesales, que deben ser liquidados en la etapa de ejecución de la presente sentencia.

En el caso de despido arbitrario aplicado contra la trabajadora laboral Rosaura Monroy Ríos, por parte de la empresa TOPY TOP S.A.; se tiene que la empresa demandada inicialmente por acción de amparo interpuesta por la demandante, había arbitrariamente procedido a despedirla por causal de artículo 34° del Decreto Supremo 003-97-TR (norma que regula las pretensiones frente al despido) por efecto de causa de resolución de contrato, determinándose supuesta falta grave cometida por la trabajadora; pero que se llegaría descartar falta alguna y la empresa asumiría pago de indemnización a la afectada por despido arbitrario, a efectos de que esta llegase a hacer cobro del monto indemnizatorio y así hacerse constatar indebidamente el consentimiento del despido arbitrario supuestamente por parte de la trabajadora, que diera por consecuencia posterior en no poder solicitar reposición alguna a su puesto laboral. Es importante considerar así que la trabajadora demandante llegó a presentar demanda de amparo por vulneración de su derecho al trabajo a causa de despido arbitrario, exigiendo solo dos pretensiones, en cuanto a que se ordenara su reposición en el puesto de trabajo que venía ocupando al momento de su despido, más el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, incluyendo los intereses legales; no solicitando indemnización por daños y perjuicios, lo que confirmaría en haber consentido el despido.

El caso se trató en primera instancia a nivel del Séptimo Juzgado Constitucional de Lima, con fecha 30 de octubre de 2009, que declaró fundada la demanda, solamente en la parte referente a su pretensión a la reposición, determinando la instancia judicial de que la relación laboral que mantuvo la demandante con la empresa emplazada era bajo contrato en

su modo verbal y de naturaleza indeterminada; resultando así que su despido resultaba incausado, puesto que la recurrente fue despedida de manera arbitraria y se le comunicó verbalmente su despido sin expresarse motivo al respecto.

La empresa demandada llegó a apelar la resolución judicial de primera instancia, ante la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que el 26 de agosto de 2010 emitió sentencia que declaraba totalmente infundada la demanda de amparo de la trabajadora, y anuló la resolución de primera instancia que le había favorecido en cuanto a la reposición laboral; fundamentando la segunda instancia que al tratarse de una controversia laboral de carácter individual privado, era competente como procedió la empresa en despedir a la trabajadora, bajo las bases de que no tenía un contrato formal escrito, y que además la empresa le reconoció por nueve años y medio, pago de remuneraciones y beneficios sociales; siendo la causal de su despido una presunta falta grave durante el desarrollo de sus labores; el Juez Civil de la Corte Superior consideró así declarar improcedente la acción de amparo y dejar sin efecto la reposición de la trabajadora; además de llegar a considerar que la empresa reconoció en cierta medida que incidió en una forma de despido arbitrario y que procedió a indemnizarla, pero que la afectada no ha hecho cobro efectivo del monto indemnizatorio que se le ha depositado.

La trabajadora despedida, recurrió como última instancia al Tribunal Constitucional para efectos de interponer recurso de agravio constitucional, por caso de haberse declarado improcedente su demanda de amparo, de manera inidónea e insustentable por parte de la 3era Sala Civil de la Corte Superior de Lima; llegando a resolver el TC finalmente que la segunda instancia judicial no había resuelto correctamente de manera interpretativa y fundamentarle en lo que concernía a admitir la procedencia de la reposición de la trabajadora por causa de despido arbitrario demostrado, y que sobretodo principalmente se vulneró el derecho al trabajo de la afectada, cuando al existir una relación laboral verbal, de tiempo indeterminado, de la trabajadora con la empresa TOPY TOP S.A, y constatándose mediante medios probatorios de certificado de trabajo sobre las remuneraciones y la liquidación de beneficios sociales que venía percibiendo; no debió proceder la empresa a despedirla sin razón alguna, y que a su vez al no hacer cobro del

monto indemnizatorio la afectada que la empresa trató de resarcir, a efectos de que aquella consintiera despido arbitrario, y con ello dejarla imposibilitada para que no exigiera reposición posteriormente; el Tribunal configuró finalmente que la empresa había determinado y ejecutado indebidamente una forma de despido arbitrario; habiéndose ceñido el TC a los fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, en atención de las demandas de amparo relativas a materia laboral individual privada, en que a fin de evaluar si la demandante había sido objeto de un despido fraudulento o de un despido arbitrario, se constató causa y modo de despido arbitrario en perjuicio de la afectada; resolviéndose así en declarar fundado el recurso de agravio interpuesto y de declarar nulo el despido de la trabajadora Rosaura Monroy Ríos; además de ordenarse a la empresa TOPY TOP S.A. a que la repusiera en su puesto laboral correspondiente en que se desempeñaba antes de su despido.

Cabe tener en cuenta en este caso, que la trabajadora demandante procedió a presentar demanda de amparo ante la instancia judicial para que resolviera su problema al haberse vulnerado su derecho al trabajo, a causa de despido arbitrario, interponiendo la garantía constitucional en octubre del 2009; optando por la vía judicial que la procesal laboral que hasta antes de la promulgación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo (29497) en el 2010, la instancia procesal laboral era muy cuestionada por tener sobrecarga de casos aún pendientes de resolver y de presentarse muchas trabas dilatorias en el proceso ordinario laboral que no conllevaban a una resolución efectiva de los procesos por despido arbitrario más aún de aquellos trabajadores demandantes que exigían reposición a su puesto laboral.

Se tiene así que de haberse dado la Ley N° 29497 en el año 2008, que favorece procesos más facilitarles en instancia laboral para las demandas contra despido arbitrario y de subsecuente pretensión de reposición laboral; antes de haber presentado la demandante en el caso su demanda de amparo, hubiera procedido conforme a la referida Ley Procesal, en haber tenido las opciones de haber planteado en su demanda la pretensión principal (única) de reposición, para lo cual siguiendo el Art. 2 inciso 2 de dicha ley, hubiera abierto proceso abreviado laboral ante un Juzgado Especializado de Trabajo, y poder así haber obtenido una resolución a su favor en el tiempo más efectivo y requerido para su pretensión

de reposición; o caso contrario de acumular a la pretensión principal única de reposición, alguna pretensión accesorio, entonces la demanda se hubiera tramitado en el proceso laboral ordinario, con las ventajas dadas por la ley procesal en las diligencias procesales a nivel de instancia laboral, que hubieran asegurado un proceso efectivo y con resolución en el plazo competente.

9) Otros conflictos derivados de la aplicación actual del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento

Seguramente durante la ejecución del contrato administrativo de servicios surgirán una serie de problemas entre las partes, distintos a los que he señalado anteriormente, y es para esos conflictos, precisamente, que el artículo 16 del reglamento ha establecido: “Los conflictos derivados de la prestación de los servicios regulados por el Decreto Legislativo N° 1057 y el presente reglamento serán resueltos por el órgano responsable al que se refiere el artículo precedente, quedando agotada la vía administrativa, se puede acudir a la sede judicial conforme a las reglas del proceso contencioso administrativo”.

Considero que si el contratado luego de terminada su relación contractual con la entidad, tuviese algún reclamo pendiente derivado de la prestación de los servicios regulados por la ley y el reglamento, debe agotar una suerte de vía previa antes de reclamar en sede judicial lo que le considere es debido. La legislación que regula en contrato administrativo de servicios no contempla todos los supuestos de conflicto que se presentarán durante su ejecución, es por ello que deberán aplicarse por analogía disposiciones de la legislación laboral pública o privada.

Un tema que merecerá mayor comentario y desarrollo será lo establecido en el artículo 11 del reglamento que dice “Las personas contratadas bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 pueden ejercer la suplencia o conformar comisiones temporales por encargo en la entidad contratante”; en el marco de esta disposición el contratado mediante un contrato administrativo de servicios podrá suplir a un trabajador o funcionario público (sujeto al Decreto Legislativo N° 276) así como podrá encargársele conformar una comisión, por ejemplo un comité especial de adquisiciones (cuyos miembros son

solidariamente responsables ante la entidad), por lo que habría que preguntarse, si no está sujeto al Decreto Legislativo N° 276 cómo es que podrá asumir responsabilidad propia de trabajadores o empleados públicos; además de poderse presentar también conflictos consecuentes de que un trabajador o funcionario público (Decreto Legislativo N° 276) y el contratado (Decreto Legislativo N° 1057) ante un mismo hecho o conducta, sean sometidos a procesos administrativos disciplinarios distintos.

1.2. Formulación del Problema y Justificación del Estudio

1.2.1. Formulación del problema.

1) problema general

¿Cuáles son los efectos laborales y jurídicos que se genera la vulneración de los derechos laborales en el régimen de contratos del Régimen CAS - Decreto Legislativo N° 1057, en el distrito de Lima, periodo 2013?

2) problemas específicos

a. ¿Qué derechos laborales se vulneran de los trabajadores por CAS conforme a la aplicación de la Ley del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento?

b. ¿Qué conflictos se derivarán de la aplicación actual de la Ley del Régimen CAS del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento?

1.2.2. Justificación del estudio.

El Contrato Administrativo de Servicios conlleva un impacto negativo a nivel social y económico; además, pone de manifiesto el grave incumplimiento por parte del Estado de su obligación constitucional de proteger el trabajo, respetar y hacer respetar los

derechos constitucionales y laborales. Por tal razón, el trabajo de investigación académica emprendido es importante. Servirá para evidenciar que en realidad el Contrato Administrativo de Servicios constituye una modalidad contractual laboral que afecta los derechos de los trabajadores y constituye un abuso del Estado. Además esta investigación académica es de suma utilidad, toda vez que con las conclusiones y recomendaciones a las que se arriben se logrará evitar la continuidad de este régimen y concientizar a las autoridades en el irrestricto respeto de los derechos laborales.

El presente trabajo de investigación tiene un impacto en el sistema nacional de forma tal que, sin lugar a dudas, es un esfuerzo, al haber elegido este trabajo por considerarlo como una situación anómala en nuestro ordenamiento jurídico y porque denota nuestra preocupación por cautelar los fines del programa constitucional en materia laboral. Surge, pues, la importancia y la necesidad de investigar académicamente para establecer la verdadera naturaleza del CAS y determinar, frente a los derechos laborales que afecta, su carácter inconstitucional por infracción a 10 normas y derechos laborales de carácter fundamental, que son irrenunciables, con la finalidad de plantear alternativas y recomendaciones para una mejor regulación y reconocimiento de los derechos laborales de aquellas personas que prestan servicios temporales en el sector público, sin afectar ni transgredir sus derechos inherentes a la dignidad de la persona humana en el ámbito laboral.

1.3. Antecedentes relacionados con el tema

1.3.1. A nivel nacional.

Sonia Cubas (Lima, 2008). **“El Régimen del Contrato Administrativo de Servicio (CAS) y la vulneración de los Derechos Laborales por despido de los trabajadores contratados anteriormente por locación de servicios no personales, y sus implicancias actuales; a nivel de la provincia de lima, en el periodo 2008-2011”**. La autora señala que con la dación del Decreto Legislativo N° 1057, publicado el 28 de junio del 2008, se regula como régimen especial de contratación laboral para el sector público, implicando la no consideración de los derechos laborales esenciales de los trabajadores

anteriormente contratados, antes del 2008, por servicios no personales, sobre las actividades laborales que ejercieron en horas extras y entre otras que básicamente los situaba en ser considerados como trabajadores dependientes de la entidad pública en que brindaban sus servicios, pero que conforme a la modalidad de contratación referida eran considerados como no dependientes de la institución pública y no formaban parte de la planilla correspondiente de servidores públicos; no teniéndose en cuenta determinados derechos laborales fundamentales de estos trabajadores, como el pago de una remuneración justa por los servicios brindados en horas extras, el de acogerse debidamente al sistema de protección contra el despido arbitrario establecido en la Ley N° 24041 (28/12/1984), y entre otros derechos fundamentales en materia laboral (de la no discriminación, el de ejercer la sindicación y huelga laboral).

Vásquez, Martín (Trujillo, 2010). “Crítica al Régimen del Contrato Administrativo de Servicio y Propuestas de Solución”. El autor refiere que la inconstitucionalidad en la ejecución del Régimen de contratación administrativa es que se vulnera los derechos del trabajador no autónomo a recibir las remuneraciones y beneficios como todo trabajador público ya que en realidad se viene comprobando mediante muchas casuísticas y jurisprudencias, que en los Servicios no Personales hay prestación personal, subordinada y remunerada y, por tanto, laboral; actuando a su vez el principio de la primacía de la realidad.

María de La Rosa (2012). El régimen del contrato administrativo de servicio (cas) y la vulneración de los derechos laborales por despido de los trabajadores contratados anteriormente por locación de servicios no personales, y sus implicancias actuales; a nivel de la provincia de lima, en el periodo 2008-2011. Para optar título de Maestría en Derecho Laboral de la PUCP. La autora concluyó principalmente de que cuando regía el Decreto Legislativo N.º 1057, aquel no tenía justificación legal o fáctica, sino, tal vez, económica, por lo que su expedición era innecesaria por existir vías alternas de contratación de personal para el sector público (Decretos Legislativos N.º 276 y N.º 728); por ello debía promoverse estos caminos y no crear uno nuevo con el propósito de desmejorar el acceso al empleo público y evitar el pago de derechos laborales para hacer

caja. La situación de desigualdad que genera y promueve alienta el tratamiento laboral discriminatorio en una entidad del Estado y por tanto vulnera del principio-derecho de igualdad ante la Ley.

El Ministerio de Trabajo (2007) sobre el régimen del contrato administrativo de servicio (CAS), lo definió como el régimen especial de contratación administrativa de servicios, como un contrato utilizado por cualquier entidad del Estado, salvo las empresas, con duración determinada y renovable indefinidamente; determinándose así en una figura excluida del régimen laboral público o privado y sometida al Derecho Administrativo.

Ricardo Salazar (2008), en su artículo “El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú, Derecho & Sociedad N° 29”; sostiene que la regulación del CAS surgió como una necesidad ante los antecedentes negativos que devino la administración pública nacional tras el gobierno de Fujimori con los despidos masivos en las entidades estatales, además de que las Leyes de Presupuesto anteriores al 2008 impedían la contratación de personal en régimen laboral. De esta manera se tenía la necesidad de requerir de personal especializado mediante la utilización extendida de Servicios No Personales para cobertura de plazas; por lo que se promulgó el D.L. N° 1057 que resalta ante todo el reconocimiento de la condición de personas y trabajadores de "Servicios No Personales".

1.3.2. A nivel internacional.

Gómez, Germán y Urrutia, Juan (Pereira - 2008). “El Contrato de Prestación de Servicios en la Legislación Contractual Administrativa Colombiana”. Los autores concluyen principalmente que analizando los antecedentes del contrato de servicios en la legislación colombiana, este se concibió con la finalidad de satisfacer las necesidades de las entidades estatales frente a las carencias de las plantas de personal de éstas, o en el otro de los casos, el contar con un mecanismo a través del cual se gozase de la disposición de personal respecto de quien se demandaren específicos, profundos y acreditados

conocimientos en determinada área, a fin de satisfacer una específica necesidad de la Entidad.

León, Miguel (Bogotá - 2012). “El Contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión administrativa del Estado Colombiano”. El autor sostiene en su tesis que el contrato de prestación se constituye en una forma de flexibilidad laboral, la cual conlleva el desconocimiento de uno de los pilares del derecho laboral administrativo, como lo es, la estabilidad, y además, atenta contra la dignidad de los seres humanos, ya que la liberalidad en la disposición de las personas, además de ser una cosificación del ser humano, conlleva la utilización de una figura legal que por su naturaleza desconoce garantías de carácter laboral como lo son el derecho irrenunciable a la seguridad social y prestaciones sociales. Una de las razones que se esgrimen para que las personas que laboran para el Estado se sometan a limitaciones de ingresos económicos, es la necesidad de reducir la capacidad presupuestal del Estado dado un déficit fiscal y un modelo económico que exige al Estado intervenir lo más mínimo en la economía y la sociedad.

García De Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, 2006. Los autores españoles sostienen que el régimen que regula el CAS de personas establece un nivel de ordenamiento y reconocimiento de derechos, los mismos que se detallan a continuación y que requieren de ciertas precisiones a efectos de garantizar su pleno ejercicio: Un máximo de cuarenta y ocho horas de prestación de servicios a la semana, y asimismo en cuanto a los beneficios laborales de descanso semanal pagado. Con ello, el Estado regula la jornada semanal máxima de prestación de servicios, estableciendo un tope de horas máximas.

Cassagne, Juan Carlos, en Derecho Administrativo, Buenos Aires,. Argentina - 1996. Los autores argentinos sostienen que para los regímenes de contrato administrativo de servicios se necesita de un procedimiento formal para la contratación regulatoria de trabajadores y un reconocimiento mínimo de sus derechos esenciales, lo cual de no darse se produce un efecto de desnaturalización del contrato en forma arbitraria.

Sanchis, Daniel; Pérez Hualde, Alejandro y Correa, José Luis. Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996. Estos autores llegan a sostener que dentro de la materia del Derecho Administrativo se contempla al régimen CAS, como una forma de contrato administrativo diferente a un contrato laboral, dado que en el CAS los trabajadores quedan bajo un régimen temporal de servicios y pese a que gozan de derechos laborales pero sus beneficios son recortados, a diferencia de aquellos trabajadores bajo un normal régimen laboral privado.

1.4. Objetivo General y Objetivos Específicos

1.4.1. Objetivo general.

Determinar los efectos laborales y jurídicos que se genera la vulneración de los derechos laborales en el régimen de contratos del Régimen CAS - Decreto Legislativo N° 1057, en el distrito de Lima, periodo 2013

1.4.2. Objetivos específicos.

a. Determinar qué derechos laborales se vulneran de los trabajadores por CAS conforme a la aplicación de la Ley del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.

b. Señalar que conflictos se derivarán de la aplicación actual de la Ley del Régimen CAS del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.

II. EL MARCO TEÓRICO

2.1. Bases Teóricas relacionadas con el Estudio

2.1.1. Contrato administrativo de servicios.

El Contrato Administrativo de Servicios, reconocido también como contratación de servicios no personales viene a ser en sí aquella forma de contrato que establecen las entidades públicas estatales para adquirir los servicios especializados de personas naturales no autónomas, que puedan prestar el servicio correspondiente por tiempo delimitado con opción a extenderse, pero sin llegar a tener una relación de vínculo laboral con respecto a la entidad estatal. Este concepto general va acorde con la consideración dada desde el enfoque del derecho administrativo acerca de que el CAS, como sostiene también el jurista nacional Roberto Dromi (DROMI, 2005), 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.

Asimismo se puede tener en cuenta lo que se reguló mediante el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento (acerca del Régimen CAS), que trata acerca sobre el régimen especial de contratación administrativa de servicios, como un contrato utilizado por cualquier entidad del Estado, salvo las empresas, con duración determinada y renovable indefinidamente; determinándose así en una figura excluida del régimen laboral público o privado y sometida al Derecho Administrativo (artículo 3).

De los conceptos dados deriva el elemento fundamental de ejecución de este tipo de contrato administrativo, en lo que respecta a que la prestación de servicio no es autónoma, configurándose a lo establecido tácita e indirectamente en el artículo 3 del Decreto Legislativo mencionado; pero con mayor precisión en el artículo 1 del reglamento del mencionado decreto, de lo que se puede obtener que una prestación de servicios de carácter no autónomo es la prestación de servicios que realiza una persona a favor de una Entidad Pública de manera dependiente, sin que ello implique un vínculo laboral con la Entidad.

Es importante considerar la modificación introducida por la reciente Ley de eliminación progresiva del Régimen CAS del Decreto Legislativo 1057 y que otorga derechos laborales, Ley N° 29849 del 05 de Abril del 2012; que regula la definición del Contrato Administrativo de Servicios, según su Artículo 3, que lo define como una modalidad especial de contratación laboral, privativa del Estado. Se regula en dicha norma, que el régimen especial no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, ni al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. Asimismo la ley referida, señala que el Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 tiene carácter transitorio.

2.1.2. Regulación jurídica.

La regulación del CAS surgió como una necesidad ante los antecedentes negativos que devino la administración pública nacional tras el gobierno de Alberto Fujimori, con los despidos masivos en las entidades estatales, además de que las Leyes de Presupuesto anteriores al 2008 impedían la contratación de personal en régimen laboral. De esta manera se tenía la necesidad de requerir de personal especializado mediante la utilización extendida de Servicios No Personales para cobertura de plazas; por lo que se promulgó el D.L. N° 1057 que resaltó ante todo el reconocimiento de la condición de personas y trabajadores de "Servicios No Personales". (SALAZAR CHAVEZ)

Asimismo la emisión de dicho decreto legislativo y su reglamento fue incentivado a causa de las implicancias del Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos, ya que el Congreso de la República mediante Ley N° 29157 delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y su Protocolo de Enmienda, y el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento.

El CAS se rige por normas del derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. No está sujeto a las

disposiciones del Decreto Legislativo N° 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público), ni al régimen laboral de la actividad privada, ni a ningún otro régimen de carrera especial.

Sobre el particular, cabe precisar que al no tratarse de ninguno de los dos únicos regímenes laborales vigentes en el Perú (Régimen de la Carrera Pública y Régimen de la Actividad Privada), se estaba frente entonces a una relación contractual con la particularidad del otorgamiento de ciertos “beneficios”, tales como un máximo de 48 horas de prestación de servicios a la semana, descanso de 24 horas continuas por semana, descanso de 30 días calendario continuos por año cumplido, afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD y afiliación a un régimen de pensiones (DANOS ORDOÑEZ, 2008).

Dentro de este contexto, es del caso recordar que en determinado momento de la historia nacional se desnaturalizó la figura de la locación de servicios, creándose en la práctica los llamados Servicios No Personales, que fue anecdóticamente utilizada para denominar a las personas que prestaban servicios bajo subordinación y que no ostentaban capacidad para ceder su posición contractual. Creación que fue adaptándose con el transcurrir de los años dentro de los servicios (no autónomos) que se prestaban en el aparato estatal y que generaba que el trabajador establezca una relación de subordinación y/o dependencia con la entidad donde desarrollaba sus servicios, de manera que dicho trabajador mantenía un horario de ingreso, de salida y de refrigerio, así como también gozaba de mobiliario e insumos que proporcionaba la misma entidad (NIEVES MUJICA, 1997).

En este extremo, debe acotarse que si bien los contratos por servicios no personales suscritos por los locadores de servicios no formaban parte de la carrera administrativa y se establecían sin generar vinculación laboral con el locador (según lo establecido por los propios contratos), la administración pública tuvo la imperiosa necesidad de contratar personal pese a las restricciones presupuestales y legales existentes para los nombramientos y contratos de trabajo (FARRANDO, 2002); por lo que mediante

dicha fórmula se pretendió crearle ciertas responsabilidades derivadas del mismo, sin reconocerle derecho alguno (no se les reconocía ningún beneficio laboral, tales como vacaciones, seguro médico, compensación por tiempo de servicio, pensión, etc.); lo que generó que se empezaran a reconocer dichos derechos por los fueros jurisdiccionales a través de la aplicación del principio de primacía de la realidad; que es de aplicación exclusiva de los Órganos Jurisdiccionales en atención al Control Difuso amparado por el artículo 138 de la Constitución Política del Estado; tanto más si a pesar de negar su existencia, fluye de la propia configuración de los contratos por servicios no personales, las características jurídicas de un contrato de trabajo.

Siendo esto así, cabe añadir que los contratos administrativos de servicios no son contratos de naturaleza civil eminentemente, sino de naturaleza administrativa y que guardan cierta similitud o semejanza a los contratos laborales, sin llegar a serlos. Debiéndose destacar que a diferencia de los Contratos por Servicios No Personales, señala el abogado Jorge Aguirre Montenegro (AGUIRRE MONTENEGRO, 2009), éstos cuentan con la normatividad adecuada para determinar su naturaleza y aplicación, permitiendo ordenar y sincerar los contratos que se vienen realizando en la Administración Pública, en tanto se prohíbe la contratación de personal (consultores y terceros) como prestadores de servicios no autónomos; ya que adicionalmente a lo manifestado, resultaba práctica común en las reparticiones del Estado la contratación de consultores o terceros que realizaban servicios no autónomos (dentro de la repartición) cuando por su naturaleza deberían prestar servicios autónomos (fuera de la repartición); esto dado al desorden que reinaba en la Administración Pública por falta de una norma que regule adecuadamente dicha figura jurídica que no era puramente una locación de servicio, pero que sin dejarlo de serlo tampoco era un contrato de trabajo a pesar de atesorar sus elementos. Contrato que además, se canalizaba por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, lo que en la actualidad se encuentra proscrito en atención a lo normado por el inciso f) del artículo 3.3 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado.

En este sentido, resultó plausible el esfuerzo del Gobierno en poder implementar políticas que tengan por finalidad establecer paulatina y realmente los mecanismos a fin de

reconocer la vinculación del personal que presta servicios en el Estado y que no venía beneficiándose por los derechos inherentes a la función desarrollada. Debiendo anotarse, que el objeto de la norma no fue interrumpir ni suspender los Contratos por Servicios No Personales, sino sustituir dicha relación contractual por el nuevo Contrato Administrativo de Servicios que presenta diversas novedades y “beneficios” a los trabajadores antes olvidados, en tanto prepara al Estado (tesoro público) para la correcta incorporación futura de dichos trabajadores dentro del régimen que corresponda.

Actualmente, tras entrar en vigencia la Ley que establece la eliminación progresiva del CAS, Ley N° 29849, que fue presentada como dictamen en minoría por el Vicepresidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso, Congresista Justiniano Apaza Ordoñez, cuyo texto sustitutorio de la Ley fue aprobado el 20 de marzo del año 2012 por el Pleno del Congreso de la República para que posteriormente sea promulgada por el Presidente de la República Ollanta Humala.

Esta última ley respecto al Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, tiene una diferencia sustancial, puesto que reconoce todos los derechos laborales de los trabajadores tanto individuales como colectivos que no se reconocieron inicialmente, Sin embargo, el problema que se presenta con esta nueva norma jurídica es la falta de una regulación expresa sobre servicio civil; pero a pesar de eso, consideramos que la determinación de eliminar el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios es un paso muy importante en el proceso de regularización de la situación de un gran porcentaje de trabajadores públicos.

2.1.3. Beneficios concedidos a los trabajadores no autónomos

Entre los aspectos laborales y derechos promovidos por el Decreto Legislativo N° 1057, que se han reafirmado y garantizado por la Ley N° 29849 para los trabajadores bajo régimen CAS, principalmente se tiene en cuanto al Seguro de Salud, por lo que pueden mantener su inscripción en Essalud para contar con prestaciones de salud, teniendo como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio para cada asegurado.

Asimismo se mantiene el tope de 48 horas semanales de trabajo. El régimen que regula el CAS de personas establece un nivel de ordenamiento y reconocimiento de derechos, los mismos que se detallan a continuación y que requieren de ciertas precisiones a efectos de garantizar su pleno ejercicio: Un máximo de cuarenta y ocho 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. Para el cumplimiento de la presente disposición se hace necesario llevar un registro del ingreso y salida de dicho personal, con el objeto adoptar las medidas respectivas. La prestación de servicios en sobretiempo se compensa con descanso físico sustitutorio (GARCIA DE ENTERRIA, 2006).

Bajo la regulación del D.L. N° 1057, se contemplaba el descanso semanal pagado de veinticuatro horas continuas. Este es otro beneficio con el que cuenta el trabajador bajo la presente modalidad contractual. Mediante este beneficio se pretende garantizar que el contratado tenga al menos un día a la semana de descanso. La oportunidad del descanso será determinada por la entidad, de acuerdo a sus propias necesidades. En cuanto al Descanso físico pagado de quince días calendario continuo por cada año de servicios, es el beneficio con el que goza el contratado para no prestar servicios por un periodo ininterrumpido de 15 días calendario al año, manteniendo el derecho de recibir el íntegro de la contraprestación. Dicho beneficio se adquiere al cumplir un año de prestación de servicios en la Entidad, contados a partir del día siguiente de suscrito el CAS. La renovación o prórroga no interrumpe el tiempo de servicios acumulados.

2.1.4. Antecedentes: la contratación de servicios no personales durante el periodo 1990 – 1999.

2.1.4.1. Antecedentes en el régimen laboral del sector público

En términos generales, un trabajador puede ser cualquiera que realice una actividad determinada y destinada a lograr un objetivo. Sin embargo, para el Derecho

Laboral, y para las demás ramas del Derecho y otras disciplinas, un trabajador tendrá una relación laboral cuando en la realización de esa determinada actividad, lo haga de manera personal (él mismo), subordinada (bajo una dirección y con posibilidad de que sea fiscalizado y sancionado por un empleador) y sea remunerado por ello. Cuando en aquella actividad se configuren estos tres elementos, se está ante una relación laboral, sobre quien a la vez recae toda la protección del Derecho Laboral. Es decir, sus beneficios, derechos, y demás componentes del sistema laboral que se ha creado para equiparar la desigual situación que enfrentan los trabajadores con respecto a sus empleadores. No resulta difícil comprobar que un operario de una máquina embotelladora no tiene las mismas condiciones que la empresa de gaseosas Coca Cola, por lo tanto, las posibilidades de plantear sus propias pretensiones en la negociación respectiva y en el desarrollo del vínculo que los unirá durante todo el tiempo que el primero labore para el segundo, son casi nulas. Es en ese sentido que las relaciones en el Derecho Laboral no se dan entre iguales, a diferencia del Derecho Civil, que sí tienen ese punto de partida. Es así como surge la necesidad de que el Estado vele por generar condiciones que apunten a que estas partes, socialmente desiguales, puedan encontrarse en una misma condición, y así, autorregular sus propias relaciones, no solo jurídicas, sino sociales y, sobretodo, económicas. El Derecho Laboral es, entonces, un desprendimiento del Derecho Civil destinado a ello.

Sin embargo, las disposiciones del Derecho Laboral no siempre se han aplicado a todos los trabajadores. Históricamente, se ha dividido en dos grandes grupos a los trabajadores en función al empleador que tengan. Quienes son empleados por el Estado se encuentran bajo un régimen legal (régimen público) diferente a quienes son empleados por los actores distintos al Estado, es decir, los privados (régimen privado). Las diferencias en las condiciones de las relaciones laborales de los trabajadores públicos y privados se basaban en la distinta naturaleza y fines que persigue el ente que contrata sus servicios (BELTRAN, 2012). Por lo tanto, mientras que a los trabajadores del régimen privado sí se les ha venido aplicando toda la cobertura del Derecho Laboral, a los trabajadores del régimen público se les ha regulado bajo el Derecho Administrativo, dentro del cual no se les consideraba como “trabajadores”, sino, como servidores públicos, con derechos y condiciones diferentes, desconociendo su relación laboral. Esta concepción implicaba una

rigidez tremenda para los servidores públicos y una posición muy fuerte por parte del Estado sobre éstos, regulando y estableciendo sus condiciones unilateralmente.

Ya a partir de 1970 se empezó a discutir la real condición de trabajadores que tenían los servidores públicos (MIRANDA, 2004), pues las actividades de éstos también cumplían con los tres elementos esenciales para considerar su relación como una de naturaleza laboral (subordinación, prestación personal y remuneración). Desde esa fecha se ha entendido que los servidores públicos sí deberían tener, también, la protección del Derecho Laboral, con las diferencias propias en función al servicio que brindan; continuando con la distinción entre trabajadores del sector público y los del sector privado.

Esta categoría genérica de trabajador público permite que dentro de ella se congreguen distintos tipos de regímenes en función a la especialidad del servicio que brindan, tales como el de los profesores, magistrados, militares, policías, etc. cuya función les permite tal distinción; y, la del empleado público que es el término que se ha venido usando para catalogar a los trabajadores públicos en el Perú.

Sin embargo, la diferencia de regímenes no solo se ha dado en función al servicio, sino, a una serie de decisiones políticas y económicas que devinieron en graves atropellos contra los trabajadores públicos. Específicamente cabe referirse a la reforma iniciada durante el Gobierno de Alberto Fujimori (1990 – 2001). Como señala el Profesor Javier Neves, “durante el régimen de Fujimori se cometieron innumerables atropellos contra los trabajadores, muchos de los cuales fueron materializados mediante normas, especialmente en el ámbito del sector público. El más grave de ellos fue el despido masivo de trabajadores, tanto de la Administración Pública como diversas entidades estatales” (NEVES, 2009). Durante ese período se estima que más de cien mil trabajadores estatales, que se encontraban bajo el régimen de la carrera administrativa, llegaron a ser despedidos. Los puestos que quedaron vacantes debieron ser cubiertos de alguna manera, es así como se creó un nuevo régimen denominado contratación de Servicios No Personales (en adelante, SNP).

2.1.4.2. Régimen de contratación de servicios no personales (snp).

Bajo el régimen SNP se desconocía quienes eran trabajadores de tal categoría, siendo tratados bajo un presupuesto “no personal”; lo que dejaba al margen la aplicación

del Derecho Laboral sobre la conjugación que se debía dar al respecto, de los tres elementos esenciales de una relación laboral (Trabajador, Empleador y Remuneración). Las condiciones que enfrentaban quienes se encontraban bajo un contrato SNP eran infames como: inestabilidad laboral absoluta (contratos que cada dos, tres o cuatro meses debían ser renovados), ningún tipo de vacaciones, licencias o algún sistema de seguridad social, desconocimiento de los derechos sindicales, entre otras. Este abuso por parte del Estado dio paso a varios procesos emprendidos contra él, donde, en aplicación del principio de primacía de la realidad, a los trabajadores SNP les era reconocida la relación laboral e ingresaban a la planilla de las entidades estatales bajo el régimen de la carrera administrativa (donde siempre debieron estar). Mas el malestar que se vivía desde la creación del régimen SNP era general, y los reclamos no se hicieron esperar.

Ya en el año 2008, en el Segundo Gobierno de Alan García Pérez, se creó un nuevo régimen denominado Contratación Administrativa de Servicios (en adelante, CAS) regulado por el Decreto Legislativo No. 1057, el cual eliminó el régimen SNP, pero, a su vez, continuó con esta concepción de desconocer de todos los derechos laborales a quienes, en la realidad, sí les correspondían tales (a pesar que en el Decreto Legislativo N° 1057 se niegue la relación laboral que éstos tienen con el Estado, el mismo Tribunal Constitucional ha declarado que sí existe tal, posición que comparte la gran mayoría de especialistas).

Ahora bien, paralelo a ello, los procesos de privatización de las entidades estatales dentro del Gobierno Fujimorista, vinieron acompañados de un proceso de laborización del empleo público. En concreto, un buen número de trabajadores del régimen de la carrera administrativa pasaron a regirse bajo el régimen de la actividad privada, regulado actualmente por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral Decreto Legislativo N° 728 (LPCL). Este cambio, en principio, estaba destinado a ser atendido solo para las empresas estatales, sin embargo, la figura del trabajador sujeto al régimen privado cuyo empleador es una entidad estatal se extendió hasta las que no son empresas.

Actualmente, uno puede encontrar en una entidad estatal, como un Hospital, por ejemplo, una enfermera del régimen de la carrera administrativa, una enfermera del régimen privado y una enfermera del régimen CAS (pero recordemos que estos últimos son quienes peores condiciones tienen). Es en ese mamarracho de diferencias sin sentido que se

encuentran, actualmente, quienes están sujetos al régimen CAS: dentro del grupo grande y genérico de trabajadores públicos, pero que ha sido excluido de la carrera administrativa y de la actividad privada.

2.1.5. Fundamentos sobre los contratos de servicios no personales

El contrato, es un acto jurídico bilateral que tiene efectos y obligaciones, constituido por las prestaciones que una parte se obliga a ejecutar a favor de la otra. En tal sentido, se pueden definir a los contratos por Servicios No Personales, como una modalidad de contrato de prestación de servicios regulados por el Código Civil, mediante el cual el locador (persona natural) se obliga a prestarle sus servicios, materiales o intelectuales al locatario.

La Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1057 que regula entonces el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, señala que tal dispositivo "...entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", salvo por el numeral 6.4 del artículo 6° de la presente norma hasta que se apruebe el financiamiento correspondiente. En ningún caso reconoce o genera derechos con carácter retroactivo."

El Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1057, establece que el contrato administrativo de servicios comprende, entre otros, lo siguiente: "6.4. Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD. A estos efectos, la contribución tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado."

La Primera Disposición Complementaria Final de Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios establece que: "*Ninguna entidad pública puede suscribir un contrato administrativo de servicios por un monto menor al de la remuneración mínima vital. Las entidades públicas y las personas contratadas quedan facultadas para adecuar a dichos términos los contratos administrativos de servicios celebrados antes de la entrada en vigencia del presente Reglamento*".

Bajo este marco legal, la Administración Pública incorporó progresivamente una gran cantidad de personal por Servicios No Personales, sin respetar las restricciones legales ni los requisitos establecidos para la incorporación, además de no prever las consecuencias

futuras de tales incorporaciones. A pesar de la normatividad comentada, el Estado no reconoce a los servicios no personales, el vínculo laboral, lo que los eximiría de responsabilidad administrativa en caso de comisión de faltas. Sin embargo, el Artículo 1° de la Ley N° 24041, establece que ningún trabajador contratado por más de un año, puede ser separado del servicio sin previo proceso administrativo disciplinario, tal como lo establece el Artículo 163^a del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, lo que significa que sí se les puede atribuir la citada responsabilidad.

Diversas sentencias del Tribunal Constitucional, que ordenan la reposición de trabajadores por la modalidad de servicios no personales amparados en la citada norma, han sentado jurisprudencia de cumplimiento obligatorio para todas las entidades públicas.

El Artículo 1° de la Ley N° 24041 guarda concordancia con el Artículo 1418° del Código Civil, referido a Contratos Preparatorios. Dicho Artículo establece que la negativa injustificada a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a:

1. Exigir judicialmente la celebración del contrato.
2. Solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.

Asimismo, en uno u otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, los contratos por la modalidad de Servicios No Personales vendrían a ser contratos atípicos, puesto que no existe ninguna ley específica que regule su existencia y actividad, siendo únicamente mencionados en las leyes Anuales de Presupuesto.

No obstante las normas legales antes enunciadas y la existencia de jurisprudencia, los responsables de la gestión de personal de las entidades públicas continúan llevando a cabo acciones violatorias de la legalidad, así como de los derechos de los trabajadores contratados por dicha modalidad, creándose de este modo una estabilidad laboral ficta, similar a la señalada por el Artículo 24°, inciso b) del Decreto Legislativo N° 276 para los servidores de carrera.

Mediante Decreto Supremo N° 004-2001-TR, se creó la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central. Refiriéndose a los trabajadores contratados bajo la modalidad de Servicios No Personales, dicha Comisión señaló en su Resumen Ejecutivo, publicado el 15 de julio de 2001, lo

siguiente: “La contratación de personal para la prestación de servicios al Estado, especialmente en las entidades cuyo régimen laboral es el público, se ha venido produciendo en los últimos años en forma no contemplada por dicha norma, a través de una modalidad sui generis denominada “contrato de servicios no personales”, habiéndose empleado también otras formas contractuales cuyo contenido no se adecua a las exigencias jurídicas, y que no contempla de manera equitativa un régimen de derechos y beneficios.

El denominado “contrato por servicios no personales” no corresponde a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios y tampoco una adecuada precisión legal, pues hasta ahora, salvo menciones aisladas en normas dispersas, como por ejemplo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se han precisado sus alcances a través de ninguna norma específica. Esta falta de regulación adecuada genera un vacío legal que podría dar lugar a interpretaciones que, extrapolando conceptos del derecho administrativo y del derecho laboral, apliquen a estos contratos principios o criterios inadecuados y hasta incompatibles con su naturaleza.

2.1.6. Situación actual de los servidores públicos.

El año 2003, la Ley N° 27879 - Ley de Presupuesto del Sector Público para dicho año Fiscal (Artículo N° 12 inciso 12.6) dispuso que cada entidad remitiera la información de la Declaración Mensual de Retenciones y Contribuciones correspondientes a las planillas de personal activo, cesante y/o pensionista, a través del Programa de Declaración Telemática (P.D.T.) a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (S.U.N.A.T.)

Asimismo, la Décimo Quinta Disposición Final de dicho cuerpo legal, ordena la realización de un censo de las personas naturales que prestan servicios al Estado bajo cualquier régimen laboral, contrato civil, aplicación de Convenios de Administración de recursos, ejecución de proyectos y similares, por cualquier modalidad de pago o jornada laboral, en los pliegos presupuestarios, Unidades Ejecutoras y Entidades de Tratamiento Empresarial a que se refiere el artículo 30° de la mencionada Ley, sin excepción.

Como consecuencia de lo anterior, la Dirección Nacional del Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante Resolución Directoral N° 023-2004-EF/76.01, aprobó la Directiva N° 010-2004-EF/76.01, “Directiva para el registro de las

altas y bajas del personal activo, pensionista, así como de los servicios no personales” y, posteriormente, la Directiva N° 038-2004-EF/76.01, en las cuales incluyó a un total de 580 Unidades Ejecutoras del Gobierno Nacional y Gobiernos Regionales, las cuales debían comenzar a actualizar mensualmente las altas y bajas de sus planillas a través del Módulo de Control de Pagos de Planillas y de Servicios No Personales (MCP-SP) del Sistema Integral de Administración Financiera (SIAF-SP).

Estas disposiciones respondían a la necesidad de contar con información oportuna y confiable sobre la cantidad real de servidores al servicio del Estado, debido fundamentalmente a la urgencia de llevar un adecuado y estricto control del abono a planillas y de gastos por servicios.

De acuerdo a una publicación en la página Web del Ministerio de Economía y Finanzas, dicho Ministerio elaboró el “Banco de Datos de Servidores Públicos y Pensionistas del Estado”, que describe las principales acciones llevadas a cabo durante los años 2003 y 2004, siendo las principales:

- a. Obtención de la información de las planillas de los Sectores del Gobierno Nacional y Regional.
- b. Cruce de la información de remuneraciones y pensiones obtenidas del PDT de la SUNAT, con la información de las Cuentas de Ahorros del Banco de la Nación y con la información del Censo de la Dirección Nacional de Presupuesto Público.
- c. Desarrollo del Módulo de Control de Pagos de Planillas y de Servicios No Personales (MCP-SP) e inicio de la implementación del Abono electrónico en cuenta a través del Módulo SIAF-SP.
- d. Creación del Banco de Datos de Servidores Públicos (BDSP).
- e. Implementación del Módulo de Control de Planillas (MCP-SP) en el SIAF, por medio del cual las Unidades Ejecutoras informan sus planillas y mensualmente las altas y bajas. Hasta el momento se ha instalado dicho módulo en todas las Unidades Ejecutoras del Gobierno Nacional y del Gobierno Regional.
- f. Convenio con el RENIEC para el cruce automático de la información del Banco de Datos para la verificación de la identidad, existencia y sobrevivencia de las personas contenidas en el Banco de Datos de Servidores Públicos.

g. Conexión del Banco de Datos de Servidores Públicos con el Sistema de Abono Electrónico del Módulo SIAF-SP.

Como resultado del cruce de información con la RENIEC, se rechazó a 179,793 registros entre servidores y pensionistas, cantidad que se desagrega de la siguiente manera:

- Datos con discrepancias	:	170,322 (96%)
- Cesantes fallecidos con a bono a cuenta	:	2,371 (1%)
- Fallecidos restantes	:	7,100 (3%)
TOTAL		179,793 (100%)

2.1.7. Los trabajadores bajo el régimen cas del decreto legislativo 1057.

2.1.7.1. Procedimiento para contratar a una persona mediante cas.

El procedimiento para contratar a una persona mediante CAS está regulado en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM e incluye las siguientes etapas: Preparatoria, Convocatoria, Selección, Suscripción y registro del contrato.

Por otra parte sí es posible que una entidad pueda desarrollar un procedimiento de selección distinto al regulado en la norma, solo que se deberá respetar los contenidos del procedimiento básico, regulado en el artículo 3 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (Reglamento de la Ley). El resultado de la evaluación debe difundirse a través de los mismos medios utilizados en la convocatoria. La lista de resultados deberá publicarse en orden de mérito, con los puntajes obtenidos y señalar a las personas que fueron seleccionadas (CASSAGNE, 1996).

2.1.7.2. La duración máxima por la cual se pueden suscribir los contratos cas.

La duración máxima de contratación administrativa de servicios es de un año fiscal, es decir, que se podrá contratar a una persona como máximo hasta el 31 de diciembre del año en que se suscriba el contrato. No es aplicable el plazo de duración del contrato CAS para los casos de funcionarios, directivos y demás personas designadas por resolución (SANCHIS & PEREZ HUALDE, 1996).

Los contratos CAS podrán renovarse o prorrogarse las veces que sea necesario. Cada prórroga o renovación solo podrá efectuarse como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año.

2.1.7.3. Crítica a los cas

En cuanto a las críticas manifestadas principalmente por el Tribunal Constitucional sobre la inconstitucionalidad en la ejecución de este contrato administrativo es que se vulnera los derechos del trabajador no autónomo a recibir las remuneraciones y beneficios como todo trabajador público ya que en realidad se viene comprobando mediante muchas casuísticas y jurisprudencias, que en los Servicios no Personales hay prestación personal, subordinada y remunerada y, por tanto, laboral; actuando a su vez el principio de la primacía de la realidad (SALAZAR CHAVEZ, Exposición sobre el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, 2002).

Asimismo la ley del CAS estipula un plazo determinado, condición que debería ajustarse a la realidad, porque el hecho de haber trabajadores contratados como Servicios No Personales por más de 10 ó 12 años nos indica que son plazos que exceden todas las modalidades de trabajo temporal, que es de 5 años. Toda entidad sabe cuáles son las plazas temporales y cuáles las estables. ¿Por qué entonces no establecen esta misma diferenciación? Debería seleccionarse a aquellos que, por la necesidad del servicio deben ser estables y reconocerles esa calidad y contratar como temporales a aquellos que realmente realicen una actividad eventual.

2.1.8. Los derechos fundamentales de la persona humana: reconocimiento de la dignidad humana origen del principio de dignidad humana.

2.1.8.1. Antecedentes.

El principio de dignidad humana es un principio rector del derecho constitucional y base de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos; así nuestra

Constitución Política del año 1993 establece en su primer artículo “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; estableciendo a la persona humana y su dignidad como máximo valor del ordenamiento jurídico; en igual forma la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 1 prescribe “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”.

La dignidad humana, ha cobrado relevancia como principio de derecho y sustento del Estado Constitucional recientemente en las últimas décadas, a pesar de que la noción de dignidad humana es bien remota y se ha desarrollado en la historia gracias al trabajo de filósofos, humanistas, sociólogos y juristas. Señalan algunos autores, que este principio al igual como otros, llegan con retraso al derecho positivo después que han sido desarrollados por otras áreas y sobre todo por los filósofos y humanistas. Los prolegómenos del principio de dignidad humana, se encuentran en la filosofía griega antigua, la filosofía estoica señalaba que, así como los animales son guiados por un instinto, igual los hombres son guiados por la razón que le orienta como actuar (ABBAGNANO, 1999).

Aristóteles (384-322) definió por primera vez razón; el término “persona” cobró más importancia con el Cristianismo especialmente en el nuevo testamento cuyas predicaciones están dirigidas a relevar la importancia de la persona humana como un ser valioso digno de amor y perdón en todo lo que haga; un ser proveniente y hecho a semejanza de un Dios creador del mundo y de la naturaleza, con una esencia que lo hace superior a toda creación divina; sin embargo, volviendo a la filosofía antigua, fue Platón (428-347 A.C.) que señaló en su obra “Georgias” que “la persona ha de ser afirmada por sí misma y por su dignidad”. Santo Tomás de Aquino (1225-74) en sus obras expresaba que “el término dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia, desarrolla sobre la dimensión ontológica de la persona cuya esencia viene de Dios; algunos autores discrepan que Santo Tomás haya sido el “autor fuente” de las nociones de dignidad humana y derechos de la persona, reconociendo a Emmanuel Kant como el inspirador del concepto de dignidad humana, sin embargo admiten que la dimensión ontológica del ser humano que desarrolló Santo Tomás, es justamente lo que ahora denominamos dignidad humana: Ese valor ontológico especial es lo que

llamamos dignidad humana: “Esto se deriva del pensamiento de Santo Tomás aunque él no lo haya dicho así.

Es nuestra sensibilidad histórica actual, nuestro actual horizonte de precomprensión, el que nos hace “ver” estas virtualidades, presentes en potencia en el núcleo central en acto del pensamiento de Santo Tomás. Ahora bien, si en esa sensibilidad histórica Kant puso su grano de arena, entonces felicitaciones para Kant.” (ZANOTTI, Marzo 2006). Sigmund Freud (1856-1939) psiquiatra y psicoanalista ha sido uno de los que más ha contribuido para definir y entender el concepto persona, a pesar de sus cuestionadas interpretaciones de que en la misma persona luchan dos instintos fuertes y extremos, el Eros (instinto de placer), y Tánatos (instinto de muerte o destrucción), han sido sus trabajos e ideas sobre la persona humana, muy cuestionados y discutidos que sirvieron para difundir y llamar la atención sobre la calidad de persona humana; Giovanni Pico Della Mirandola escribe en el siglo XV un ensayo denominado “Discurso sobre la dignidad del Hombre”, señalando que Dios otorgó solo al hombre el libre albedrío para decidir y poder ser tan divino como los ángeles o caer más abajo que los animales, estableciendo la dignidad humana en la libertad que tiene el hombre para decidir.

Tomas Hobbes (1588-1679) en su famosa obra “Leviatán”, considerado como un manual sobre la naturaleza humana y organización de la sociedad, partía de una definición de hombre reconociéndole derechos y capacidad para realizar el pacto social, y crear el Estado que debía procurar el bien de todos los súbditos y del Estado mismo. John Locke (1632 – 1704), precursor del empirismo y liberalismo moderno, enfatizó sobre los derechos de la persona frente a la autoridad del Estado, que el poder pertenece al pueblo, que todos esos elementos que contribuyen a una vida digna propia de la naturaleza humana, como son la propiedad, la vida, la libertad y el derecho a la felicidad vienen a ser derechos naturales de los hombres y anteriores al Estado, al que concebía como un Estado subordinado a la persona humana, a su protección y respeto de sus derechos; inspiró a los colonos de Norteamérica en la llamada Revolución Americana, destacando García de Enterría: “Locke, que ha efectuado la capital conversión técnica del abstracto Derecho Natural en los derechos del hombre (derechos que proceden del estado de naturaleza del hombre, que éste no trasmite en el pacto social, antes bien el pacto social se ordena justamente a su

salvaguarda y garantía), concluye estableciendo el supreme power de la comunidad para preservar las libertades y propiedades de los ciudadanos of anybody, even their legislators, frente a cualquiera, aún frente al legislador, con lo que los derechos naturales pasan a ser el último test de validez de las leyes positivas” (GARCIA DE ENTERRIA J. , 2001).

Charles Louis de Secondant, Barón de Montesquieu (1689 – 1755), gran pensador francés y padre de la separación de poderes del Estado, destacaba la importancia de dividir el poder del Estado como una forma de control y limitación del poder, que asegurará la libertad del ciudadano; Montesquieu señalaba que “la libertad política para un ciudadano consiste en la tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su propia seguridad; y para que se tenga esta libertad, es necesario que el gobierno sea tal que un ciudadano no pueda sentir temor de otro ciudadano”. Emmanuel Kant (1724-1804) desarrolla en mayor profundidad este principio y escribe “La humanidad misma es una dignidad”, expresa que ningún hombre puede tratar a otro hombre como un objeto, herramienta o instrumento, sino como un fin y en ello reside su dignidad, la que tiene por sustento el ejercicio de su libertad; el autor Peter Kemp es quién logra sintetizar el pensamiento de Kant sobre la dignidad humana en la siguiente fórmula: “La dignidad humana consiste en reconocer que cada hombre es irremplazable”, en que el hombre es el maestro de la naturaleza, en virtud de su naturaleza racional, debiendo el ser humano llevar siempre una vida digna.

Es en este contexto histórico que la dignidad de la persona humana se forja no como un derecho establecido, sino como un derecho reconocido, que es inmanente y natural que detenta toda persona humana, un derecho que subordina al Estado, sustenta la división de poderes, el control de funciones en base al reconocimiento, garantía y protección de los derechos fundamentales, el principio de dignidad humana constituye un límite al poder del Estado, y una finalidad en su actuación.

El Preámbulo de la Constitución Americana de 1787, siguiendo el pensamiento de John Locke, determina el objetivo Constitucional en razón de las personas, de fomentar el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad para los colonos y sus sucesores: “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, tender a la defensa común,

fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América”. Paradójicamente Alemania pese a haber sufrido la segunda guerra mundial en que se violaron todos los derechos fundamentales de las personas; con el tiempo ha pasado a ser el país que lidera el desarrollo sobre los derechos humanos y su protección; pese a la anécdota histórica, de que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, fue elaborada y prácticamente impuesta por los aliados (Constitución que se legitimó en su ejercicio). La Constitución alemana consagra en su artículo primero justamente la protección de la dignidad humana: “Artículo 1. Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

Karl Loewenstein (1891 -1973) filósofo alemán, con reconocimiento internacional como uno de los mentores del Constitucionalismo moderno, señalaba en su obra “Teoría de la Constitución” que nadie podía estar sometido a otro semejante sin negar su propia esencia humana sin “cosificarse”, rescatando la dignidad humana como valor (LOEWENSTEIN). Dignidad humana, que como se ha señalado a la fecha se encuentra reconocida en toda Constitución de un Estado Constitucional, en todos los tratados sobre derechos humanos, y se ha desarrollado en su doble dimensión, como principio constitucional, y como derecho fundamental.

2.1.8.2. Conceptos.

En la doctrina no existe consenso sobre el concepto de dignidad humana, ni sobre la interpretación semántica de las palabras “dignidad” y “humanidad”; curiosamente sobre estos términos tan íntimamente vinculados al ser humano, aún no se ha logrado un concepto unívoco y en consenso, que nos identifique e individualice. Mas, ante el avance de la ciencia, tecnología, biología (biotecnología) y medicina (biomedicina), las fecundaciones in vitro, manipulación genética y clonaciones, se vuelve más complicado conceptuar que se

entiende por ser humano, y desde cuando estamos ante un ser humano, “que se es” antes de ser humano, desde cuando “se es titular” de derechos como persona humana merecedor de protección y con calidad de digno. Algunos consideran necesario acudir a información histórica y raíces ontológicas en la naturaleza humana para entender que es persona humana; otros acuden a la biojurídica esperando obtener una respuesta. La Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 definía en aquel entonces a la persona humana en su artículo primero inciso segundo: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, y no se pensaba en aquellos años que dicha expresión pudiera ser de otra forma. Hoy en día existe una preocupación no solo por redefinir que se entiende y a quienes se comprende con el término persona humana (incluso se usan otros términos como “persona autónoma”, “entes vivientes”, “personas de existencia visible”, “especie humana”; mas lo que urge es la protección del ser, ente o persona humana, evitando su instrumentalización en todo sentido, aspecto y momento de la vida humana; no se trata de fórmulas ni de expresiones, sino de comprender, lo que ahora conocemos como ser humano cuya individualidad y dignidad es objeto de protección jurídica. En cuanto a la dignidad, la situación tampoco es pacífica, planteándose la posibilidad de reconocer la dignidad de los seres humanos también en animales y plantas; indica el filósofo alemán Jürgen Habermas que será la comunidad de diálogo, la que sostenga si la dignidad, no como atributo intrínseco u ontológico, se atribuye a una vida en particular por las razones específicas. La legitimidad de la eutanasia ha traído el debate de la dignidad en dos conceptos diferentes, residiendo la discusión en torno si la dignidad es atributo del ser humano como hijo de Dios como sustenta la religión, o si es un derecho subjetivo creado por ser el humano conforme a su capacidad de dar ley moral para sí mismo. Para Roberto Andorno, la súplica a la dignidad refleja la preocupación de promover el respeto al valor intrínseco de seres humanos y para la integridad del ser humano especie. En este trabajo nos aproximamos al concepto de dignidad humana en tanto principio y derecho, en la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de protección y de reconocimiento en el ordenamiento constitucional, compartiendo lo señalado por Jürgen Habermas sobre la existencia de una conexión interna entre la noción moral de dignidad

humana y la concepción jurídica de los derechos humanos; entendiendo que en el concepto de persona humana se incluye a todo ser viviente con características humanas.

2.1.8.3. Reconocimiento y protección de la dignidad humana.

La dignidad humana se encuentra presente en las declaraciones de derechos humanos, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 empieza considerando que la libertad, la justicia y la paz tienen por base “el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; el artículo primero consagra 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”. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), y en vigencia desde el 23 de marzo de 1976, establece en el Preámbulo que “los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, reconoce que estos derechos se derivan de la “dignidad inherente a la persona humana”, reconocen “no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”, Como los hemos señalado, el concepto de dignidad humana tuvo un desarrollo posterior al de los derechos fundamentales y consiguió el auge después de la segunda guerra mundial, las atrocidades, crímenes de guerras, masacres del régimen nazi, constituyeron una respuesta que creció como un clamor, tal vez para reivindicar a los seres humanos que padecieron tamaños vejámenes y/o para evitar que ello vuelva a suceder.

Habermas expresa que “La defensa de los derechos humanos se nutre de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana”; señala que la dignidad humana no es únicamente una expresión clasificatoria como si fuera un parámetro de sustitución vacío, sostiene que constituye la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento; considera que las experiencias de violaciones de la

dignidad humana ha desempeñado en muchos casos una función creativa, como la discriminación por diferentes razones, las insoportables condiciones de vida y la marginación de las clases sociales empobrecidas, el trato desigual a hombres y mujeres en el trabajo, entre otros, que “A la luz de tales retos históricos específicos, diferentes aspectos del significado de la dignidad surgen desde la plétora de experiencias de lo que significa ser humillado y herido profundamente”. Angela Aparisi anota que “La dignidad humana es un verdadero principio ético-jurídico, en cuanto que viene a plasmar una realidad esencial, el igual valor que todo ser humano tiene en sí mismo, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado”, la persona humana no puede ser cosificada, es ella quien predomina y el fin de la sociedad y el Estado, del respeto, de la dignidad de la persona humana depende el destino mismo del hombre, es fundamento de los derechos humanos. Precisa Habermas que “la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho”; Antonio Pelé expresa que “El hombre tiene un valor “en sí” y confiere al concepto de dignidad una dimensión ontológica significando algo sagrado. Además dicho valor tendrá consecuencias en los comportamientos inter subjetivos: los individuos deberían tratarse con respeto es decir, siguiendo las palabras de Karl Larenz, reconociendo (...) la indemnidad de la persona y del otro en todo lo que concierne a sus existencia exterior en el mundo visible (...) y en su existencia como persona”, en el mundo visible se puede comprender la vida, integridad física, salubridad, trabajo, que necesita el individuo para su realización.

2.1.8.4. Justificación del Orden Político y Jurídico.

Los derechos humanos en especial la dignidad de la persona humana se le considera a plenitud un derecho fundamental. La dignidad involucra a la persona en toda su integridad y no en una división de derechos singulares, particulares y diseminados. Como indica Domke la dignidad humana goza de una posesión central en el sistema, determinando su orientación, por encima de la referencia de cada derecho fundamental a específicas necesidades humanas. En el tema de la dignidad de acuerdo a la fórmula Kantiana aunada al movimiento obrero del siglo XIX, se entendió que los derechos fundamentales confluyen alrededor de la persona humana sirviendo al final para garantizar las condiciones en la que cada persona desarrolla su capacidad para la dignidad. En el

sentido Kantiano el orden social debe proveer las necesidades existenciales de los hombres y a la distribución del poder; que bajo condiciones políticas y técnicas de las sociedades industrializadas la legitimidad de un orden estatal y la aceptabilidad por los ciudadanos, requiere al menos cinco condiciones: la seguridad en la vida individual y social, la igualdad jurídica, la garantía de la conformación privada de la identidad e integridad humanas, la limitación de la utilización del poder estatal, la atención a la contingencia corporal del hombre. Como lo han reiterado los filósofos y jurílicos, la dignidad impone la existencia digna de los hombres. En esa dimensión y en relación al mínimo de los derechos sociales de la clase trabajadora –desde hace muchos reconocidos en la Constitución de Weimer- exige en todo Estado de derecho una organización social y económica bajo principios y derechos fundamentales que garanticen la existencia digna de las personas. Señala Ignacio Gutiérrez que “cuando el hombre se ve obligado a subsistir bajo condiciones económicas que le degradan a la condición de objeto”. Moreno Villa apunta que la dignidad humana sobrepasa por encima de las instituciones nacionales, económicas, y que en forma alguna un Estado político pueda usurpar la dignidad de la persona humana, más aun que dignidad humana no emanan simplemente de un consenso fáctico entre los hombres, y más bien los hombres deben reconocerse recíprocamente como personas capaces de darse normas éticas, legitimadas de su propia dignidad.

La dignidad humana como principio y derecho fundamental goza de dos dimensiones, una subjetiva en el reconocimiento del titular del derecho de ejercer su derecho y que este le sea respetado; y una dimensión objetiva por la cual la dignidad humana su reconocimiento y respeto debe estar presente en todo acto de poder y actuación de las autoridades de los poderes públicos, y también de los particulares. Castillo Córdova anota que una consecuencia de la concepción de la persona humana y de su dignidad como fundamento y fin de toda realidad estatal y jurídica viene a ser la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales, por la que los derechos no solo constituyen facultades y atribuciones del titular del derecho (persona humana), “sino que precisamente por su especial significación jurídico – política, se entiende que los derechos generan especiales deberes por parte del poder político hacia la consolidación de una plena vigencia de los mencionados derechos”. Concordando con el autor citado, los derechos

fundamentales, y en este caso el principio-derecho dignidad, establecen “zonas de autonomías” que no pueden ser invadidas por la intervención estatal, y son “mandatos positivos de actuación del poder público para asegurar la plena vigencia de los derechos”.

Ninguna ley o norma en general puede invadir esta esfera o zona de autonomía, y menos aún el Estado puede emitir leyes que afecten la dignidad de la persona humana. El mismo autor antes citado, en otra de sus obras anota que el Tribunal Constitucional, ha señalado que todos los derechos constitucionales tienen un núcleo mínimo, irreductible, intangible, indisponible para el poder político, sea legislativo, ejecutivo y judicial, y para los particulares “que hace a cada derecho reconocible como tal derecho”. Como lo resalta Ronald Dworkin, los derechos fundamentales son conquistas, cartas de triunfo, que se pueden hacer valer contra toda persona incluso contra las mayorías y el Estado: “Estos derechos funcionarán como cartas de triunfo al ser invocadas por los ciudadanos; permitirán a los individuos resistirse a decisiones particulares a pesar de que esas decisiones hayan sido alcanzadas por medio del funcionamiento normal de las instituciones generales, las cuales no son en sí mismas desafiadas por esta resistencia”.

Jurgen Habermas, nos expresa en su forma especial de defender la dignidad humana, que después de doscientos años de historia constitucional moderna hayamos logrado un mejor entendimiento de la dignidad humana, la que “configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho”, agrega que “La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos”. La doctrina reconoce que las personas son portadoras de derechos inalienables e inherentes a su naturaleza humana, su reconocimiento, protección, respeto de estos derechos no pueden ser limitados por consideraciones económicas ni políticas, siendo la dignidad humana el sustento y base de la organización política y jurídica, la dignidad humana es base y parámetro de justificación del Estado y no puede estar sujeta a control estatal, sino a la finalidad primordial del Estado como señala la Constitución de 1993 en su primer artículo.

2.1.9.El derecho laboral individual de trabajo elemento de protección socio económico de la persona humana en el estado de derecho.

2.1.9.1. Origen y evolución histórica.

El Derecho Laboral se cimenta en la regulación del trabajo que presta el ser humano a favor de una u otras personas, por lo que hablar del origen y evolución del Derecho del Trabajo conlleva remontarse al origen y evolución de la prestación del trabajo humano. El trabajo como esfuerzo humano se origina desde la aparición del hombre que dependía de su esfuerzo físico para poder sobrevivir. Sin embargo como elemento de interrelación entre las personas se fortalece en la formación de los primeros grupos humanos que poblaban el planeta; inicialmente estos grupos eran nómadas que con el tiempo y, para satisfacer nuevas necesidades se asentaron en territorios formando los primeros asentamientos humanos que luego dieron lugar a los pueblos. En principio el trabajo se realiza dentro de la familia para atender sus propias necesidades, más las necesidades de la comunidad y el alcanzar un bien común derivó a la distribución de tareas dentro del pueblo; las labores se realizaban sin nada a cambio; con el tiempo el trabajo se convierte en un medio para atender la necesidad de recibir una contraprestación para poder subsistir.

El derecho laboral individual de trabajo como disciplina jurídica es reciente en la historia del hombre, antiguamente no existía propiamente un derecho laboral, sino reglas dispersas sobre el trabajo humano; uno de los antecedentes más remoto lo encontramos en la Biblia de la religión cristiana que en su primer libro denominado “Génesis” contemplaba al trabajo como sanción, el hombre fue expulsado del paraíso donde tenía todas las providencias para vivir y disfrutar; por su propia desobediencia y con su pareja fue deportado a la tierra (en lugar agreste) donde tenía que trabajar para sobrevivir con el sudor de su frente. Cuando el trabajo se difunde dentro de los grupos humanos no es considerado como una prestación de servicios y tampoco es regulado mediante normas o leyes; eran tiempos en que la principal preocupación del hombre era subsistir, descubriendo que la mejor forma para ello era la unión con sus semejantes agrupándose para su sobrevivencia. En la evolución de la vida en comunidad aparece el trueque que también comprende al

trabajo como un bien susceptible de ser intercambiado por otro bien, permitiendo satisfacer necesidades y la interrelación con algunas personas en razón del trabajo prestado.

El trabajo en relación de subordinación a cambio de una contraprestación, se diferencia del esfuerzo humano en situación de esclavitud, sin embargo en la historia de las civilizaciones encuentra un elemento de coincidencia en el predominio del desarrollo del trabajo en condición de esclavitud, donde un hombre imponía a otro hombre su voluntad y decisión sometiéndolo a la privación de su libertad y al cumplimiento de trabajo forzoso; ha habido y subsisten tiempos y lugares donde el trabajo físico se utiliza como forma de esclavitud y también como penas impuestas a los reos; pese que hace muchos siglos que la esclavitud ha sido declarada ilegal, y la forma de trabajo predominante y legal es la realizada en libertad, con derechos y pago de una remuneración; cabiendo anotar que es justamente con el desarrollo de los derechos fundamentales, a la libertad y dignidad que el hombre toma conciencia de su derecho de recibir una contraprestación justa a cambio de la prestación de su esfuerzo físico y/o intelectual en determinadas labores. El derecho romano antiguo no regulaba el trabajo, desarrolla instituciones y normas de derecho civil, sin embargo considerando que el trabajo es propio de los animales y de los esclavos es que no se preocupan por regular el trabajo. Cuando la esclavitud empieza a desaparecer, la principal forma de trabajo a cambio de un pago o compensación empieza a predominar; en la edad media el feudalismo permitió la expresión de dos forma de poder, en razón de la concentración de grandes extensiones de tierras y propiedades de los señores feudales, y el poder de la Iglesia Católica siendo la religión predominante en el mundo europeo. El cristianismo transformó la percepción del trabajo, ya no como una tortura o fuente de castigo impuesto por el Rey, del señor Feudal, (que imponía el trabajo sin remuneración bajo condiciones de opresión y para la protección); o por la condición social y ausencia de riquezas en su condición de plebeyos, villanos, vasallos que tenían que trabajar para subsistir; que gracias a la religión deja de ser concebida como una actividad infame a una actividad noble, virtuosa y legítima de ganarse el sustento a través de un trabajo lícito, como un deber moral que prestigia. También se modificó la concepción económica del hombre, desvalorando el atesoramiento de tierra por el comercio, surgiendo la concepción liberal con nuevos bienes con las edificaciones dentro de las ciudades, y las joyas,

produciéndose el consumismo y como contraparte para atender la demanda, el comercio y actividades económicas se expandieron y desarrollaron. El cambio económico en las ciudades originó además cambios sociales y en el aspecto laboral, señalando G. Lefranc, "hasta la revolución de 1789, hubo siervos al servicio de las abadías, pero que desde la Edad Media iba orientándose hacia fórmulas cooperativas, mediante la constitución de fruterías"; se dieron cambios en las ocupaciones, los artesanos eran menos y más los trabajadores, se concebía el beneficio del trabajo en grupo que Prhoudon llamaba la explotación productiva, considerándola más beneficiosa que el trabajo aislado en razón del plus valor obtenido, considerando a la explotación un fenómeno necesario.

En Europa se levantaban vientos de asocianismo, luchas que tuvieron a la corporación por escenario, entre los compañeros y oficiales, auténticos trabajadores asalariados de entonces, y los maestros, propietarios de los talleres en los que se ejecutaban los trabajos de la clientela; gestando la creación de asociaciones de compañeros, antecedentes históricos de los actuales sindicatos.

En Francia se considera que las asociaciones y corporaciones de trabajadores tienen carácter delictual por atentar contra el poder político, emitiéndose en 1791 la "Le Chatelier" proscribiendo las reuniones y asociaciones de trabajadores. En los comienzos de la edad moderna con el surgimiento del capitalismo, aparece el obrero asalariado como un elemento importante de la producción y la explotación, y el proletariado urbano como un nuevo sector social disminuido; los campesinos dejaban los campos, los pueblos y se trasladaban a las ciudades, donde tenían oportunidades de trabajar, aprendían nuevos oficios y recibían un pago por su esfuerzo físico. No obstante surgió otra forma de explotación y dominación de carácter laboral, los salarios se pagaban de acuerdo a la oferta y la demanda del mercado, no existía mecanismos de protección para los trabajadores, menos el reconocimiento de derechos; las mujeres y menores por igual trabajo que los hombres recibían como pago la mitad de lo que ellos ganaban. La industrialización, las fábricas y ciudades modernas crearon nuevos grupos sociales de obreros asalariados que vivían en los suburbios y eran considerados como objetos sin consideraciones de humanidad y dignidad.

La edad contemporánea tiene por principal expresión la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII, concepciones sobre derechos humanos, y el surgimiento del concepto de Estado; y en Europa se dan otros cambios gracias también a la intervención de la Iglesia Católica, y a las concepciones comunistas, de que los medios de producción deben ser de las personas, no de las que las poseen sino de las que la hacen producir. Se dan los prolegómenos legislativos con normas de emergencia y que ceden a presiones sociales y levantamientos de los obreros. El 22 de junio del año 1796 se aprueba la primera ley que protege a los trabajadores de los nocivos efectos de la revolución industrial con disposiciones sanitarias y limitando la jornada diaria a 12 horas que incluya el tiempo de refrigerio para consumir alimentos, obligaba la instrucción del menor trabajador y establecía sistema de inspección periódica del trabajo, una ley muy positiva para su época que lamentablemente no fue aplicada, sin embargo es parte del cambio de mentalidad y la preocupación de los legisladores para proteger al trabajador. En 1833 se dictó otra ley que si fue aplicada, la llamada Ley de Fabricas, y en el año 1851 se dicta otra norma asegurando el aprendizaje del menor en condiciones acordes a su edad y fuerzas. la Ley inglesa de 1802 a favor de la regulación de las condiciones de trabajo y protección a los menores de edad; en Francia se impulsó una legislación a favor del trabajador, Alemania avanzó respecto de las condiciones de trabajo y seguridad social; Italia reguló el trabajo de menores, y España creó el Instituto de Reformas Sociales en el año 1903; nace en Basilea (Suiza) en el año 1901 la Asociación Internacional para la protección Legal de los Trabajadores, como iniciativa de los trabajadores de luchar por la reivindicación de sus derechos. En el siglo XIX en Francia surge la preocupación por la “cuestión social”, que comprendía los problemas sociales de un grupo mayoritario de la población integrada por la clase trabajadora en un contexto de economía capitalista, cuyas características eran “miseria extremada, desempleo permanente, carencia de protección legal e inferioridad política de la clase obrera, y al estado de beligerancia social suscitado por la resistencia de esta clase” (RENDON VASQUEZ, 2007).

Después de los eventos más trágicos de la historia del hombre, surge como respuesta un cambio determinante y favorable a los derechos de las personas; después de la primera guerra mundial se inicia la legislación del trabajo, originándose un movimiento a

favor de los derechos de los trabajadores, en esfuerzo común de pensadores, luchadores, filántropos, religiosos, y políticos; surge en el contexto del Tratado de Paz de Versalles la Organización Internacional del Trabajo OIT que se funda en el año 1919 “después de una guerra destructiva, basada en una visión según la cual una paz duradera y universal solo puede ser alcanzada cuando está fundamentada en el trato decente de los trabajadores” con el objetivo de protección de los derechos de los trabajadores.

El siglo XX fue fructífero en la protección al trabajo, en los países sudamericanos como Perú, Chile, Bolivia, Brasil entre otros, se dieron normas que protegían a las mujeres y menores de edad trabajadores; en el año 1940 surge el manifiesto comunista de un derecho nuevo, el Derecho del Trabajo, con autonomía y principios propios, diferente a otras ramas del derecho. Se desarrollaron los principios laborales que a decir de Podetti han sido recogidos en las declaraciones de derechos sociales y en las constituciones, variando de país a país, dependiendo del régimen político y económico, los principios recogidos y que orientan el desarrollo de la legislación laboral. El Derecho Laboral ha encontrado un soporte en la protección jurídica de los derechos fundamentales, en la actualidad se habla de Derecho Constitucional Laboral cuyas bases epistemológicas se encuentran en los derechos fundamentales y se complementa con la Teoría General del Derecho al Trabajo, teniendo por objetivo garantizar y proteger los derechos de los trabajadores.

2.1.9.2. *Concepto y naturaleza jurídica.*

El termino trabajo tiene varias acepciones, etimológicamente proviene del latín de la palabra “tripaliare” o “tripalium” que venía a ser un cepo de tortura, lo que devino a entender al trabajo como un sufrimiento físico, y laborar comprendía el trabajo físico con esfuerzo y sufrimiento; hay autores que señalan que esta palabra viene del término latín “trabs, trabis, traba”, por ser un instrumento de sujeción del hombre. En términos jurídicos trabajo es “El esfuerzo humano, físico o intelectual aplicado a la producción u obtención de la riqueza. Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento// Ocupación de conveniencia social o individual dentro de la licitud”; y tiene como sinónimos a los términos obra, labor, tarea faena, empleo, puesto, destino, cargo, oficio, profesión, prestación de servicio. El término trabajo considerado como actividad humana se refiere a la actividad física o intelectual de una persona humana; para algunos no

solo involucra la actividad sino también el resultado en un proceso productivo, que a decir de Kart Marx trabajo vendría a ser toda actividad humana que obtiene un resultado de la transformación de la materia de la naturaleza. Pierre-Joseph Proudhon (1809 -1865) conocido como filósofo político y revolucionario francés, influenciado por las concepciones sociales y económicas de su época, señalaba que el trabajo distinguía al hombre de la bestia y tenía sustento en la razón que gozaba el hombre, y que debía compensarse con un pago justo, el que dependía de la importancia del trabajo realizado.

En la visión neoclásica de la economía, el trabajo es considerado como uno de los tres factores de producción: trabajo, tierra y capital, resaltando como un elemento de producción que genera riqueza y movimiento económico. Como se advierte, el concepto de trabajo es muy amplio y ambiguo, sin embargo para esta investigación nos importa el concepto de trabajo como la prestación de un servicio sea material o intelectual que hace una persona humana a favor de otra u otras personas humanas o jurídicos, a cambio de una contraprestación. En este contexto el trabajo se define como la actividad humana dirigida a la producción de obras o resultados materiales, intelectuales, a cambio de un pago económico o remuneración en tanto se preste el servicio. Con el trabajo, la evolución de las relaciones de trabajo y sus regulaciones surge el Derecho del Trabajo considerado como conjunto normativo y disciplina jurídica que regula las relaciones de trabajo. Como señala Rendón Vásquez el Derecho del Trabajo comparte la definición del derecho en general, como “conjunto de normas dirigidas a regir la conducta de los seres humanos en sus relaciones entre sí”, en la especial relación de trabajo; aunque Rendón agrega sobre el Derecho al Trabajo “es idealidad normativa, deber ser, o disposición obligatoria dada por un grupo dotado del poder de emitirla y hacerla cumplir, y también, la propia relación económica establecida por el intercambio de fuerza de trabajo por remuneración, o ser, regulada por el criterio de validez aportado por esa idealidad”; compartiendo la primera parte que el Derecho al Trabajo es la rama del derecho que regula las relaciones jurídicas provenientes de la relación de trabajo. Montoya Melgar considera el Derecho al Trabajo como norma y relación social que “la estructura del Derecho (del Trabajo) está formada por dos estratos diferentes: un estrato normativo (el famoso conjunto de normas que aparece en todas las definiciones del Derecho) y un estrato formado por el conjunto de relaciones

jurídicas disciplinadas por aquellas normas”, el autor incluye en el concepto no solo la gran cantidad de normas, directivas y disposiciones, sino también las millones y millones de relaciones de trabajo reales entre patronos trabajadores, que también son vida jurídica y derecho al trabajo.

Una definición que obtiene mayor consenso es la que “el Derecho del Trabajo es un conjunto normativo de transacción entre los empleadores y los trabajadores y que ostentan un marcado carácter protector del trabajador”. Señala Rendón Vásquez que más que carácter protector, el Derecho del Trabajo cumple una función que incide en las relaciones sociales, y esa función es la razón de ser del Derecho del Trabajo o finalidad que justifica su existencia, dentro de una concepción dinámica del derecho, precisando que las funciones que cumple son: “1) encuadrar o formalizar la utilización de la fuerza de trabajo; 2) proteger al trabajador; 3) modelar el comportamiento de éste en la empresa; y 4) determinar el costo de la fuerza de trabajo y su rendimiento”.

De estas funciones rescatamos la función protectora del trabajador que cumple el Derecho del Trabajo, que se orienta a proscribir los abusos y excesos del empleador frente al trabajador, limitando el poder y la voluntad del empleador en la relación laboral, no solo en cuanto a la regulación del pago y remuneración del trabajo, sino considerando al trabajador como un valor humano que un factor de producción, debiendo desarrollarse las relaciones de trabajo en el marco del respeto de los derechos fundamentales del trabajador, sea el empleador del sector privado o sector público, por la protección prioritaria de la dignidad humana en toda relación laboral, y esta protección se extiende en las condiciones de trabajo (equipo, seguridad, etc.), en las relaciones humanas en la prestación del servicio, en el respeto de derechos fundamentales del trabajador, lo que guarda relación con el objeto de la presente investigación, de probar que el Contrato Administrativo de Servicios regula un tipo de prestación laboral sometida a condiciones de desigualdad en los pagos y reconocimientos de derechos laborales, que vulneran los derechos fundamentales de los trabajadores contratados bajo este régimen legal.

El Derecho del Trabajo como disciplina no muy antigua, suscita controversias en su definición y en la ubicación en el derecho, existiendo la tendencia de ubicar los derechos nuevos en relación con los derechos clásicos; algunos señalan que es una rama del derecho

privado, que es un derecho colectivo por involucrar muchas personas, otros lo enmarcan dentro del derecho público, más compartimos la tesis postulada por Mario de La Cueva que es un derecho que pertenece al derecho social, que surge como un “tertium genus entre el Derecho Público y Derecho Privado”, señala De la Cueva que es un derecho nuevo, que “El derecho del trabajo es un derecho social en el sentido en que habló Gierke y lo es porque considera al hombre como miembro de un todo, lo que hace de él un derecho nuevo”. La definición de la doctrina mexicana recoge un aspecto importante del Derecho del Trabajo el que no se puede aislar de su objeto principal como es la protección de una clase que con justo derecho tiene aspiraciones de mejoría en sus condiciones de existencia conforme a la dignidad de la cual son titulares: “La interpretación del derecho del trabajo consiste en juzgarlo como un estatuto que traduce la aspiración de la clase trabajadora, para obtener de inmediato una mejoría en sus condiciones de existencia. Asimismo, esta disciplina pretende regular las relaciones jurídicas no con principios abstractos sino ponderando su espíritu social y contenido económico, de modo que se alcance con la justicia social, la tutela y dignificación de los trabajadores”.

Como señala el investigador y docente mexicano Dr. Héctor Santos Azuela, el Derecho del Trabajo se consolida cuando cobra importancia constitucional incorporándose los principios, derechos y deberes laborales básicos en la Carta Magna; el Derecho del Trabajo tiene un componente de Derecho Social de Bienestar y como tal no debe ser trastocado: “Los trastocamientos del sistema y la intencional deformación de un derecho social de bienestar, impone el estudio crítico de las instituciones del trabajo, de cara a los avatares de un pragmatismo en ascenso”; frente a este derecho social no se admite que se incurra en un lerdismo humanitarismo en decadencia, y más bien se exige en el nuevo milenio se reaviva la razón y el fundamento del derecho del trabajo en función de la protección de la clase trabajadora a quien llama con denuedo “pobreza laborante”, seres humanos que se afanan por supervivir sin perder la esperanza: “El manido desconocimiento y la satanización de la política social como una expresión caduca de un lerdismo humanitarismo en decadencia, hace imprescindible revivir la razón y el fundamento del derecho del trabajo en el pensamiento clásico, como una fórmula activa de supervivencia y esperanza para la pobreza laborante, según el genial sentir de Romagnoli”. Héctor Santos Azuela llama a la

reflexión sobre el Derecho del Trabajo, y exige que no se desprenda de su función tutelar y humanitaria para la gente que trabaja, la que no debe ser abandonada en la vorágine de la oferta y la demanda; a lo que se puede agregar, que en esa vorágine el Estado no puede olvidar sus funciones y responsabilidades en proyección a la protección de la clase trabajadora.

2.1.9.3. Principios de Derecho Laboral.

Los principios de derecho se constituyen y construyen como los cimientos y pilares que sostienen un edificio conformado por las normas jurídicas; en el caso de los principios jurídicos de derecho laboral vienen a ser fuente del Derecho del Trabajo que recogen valores esenciales para orientar, unificar e interpretar las leyes laborales, como señala Santos Azuela: “Considerados también como fuente del derecho del trabajo, los principios generales del derecho son pautas fundamentales en valores esenciales, generalmente consagradas a través de la ley, que tienen por objeto orientar, integrar y unificar la interpretación del sistema jurídico y de la normativa en particular, dentro de un marco coherente y contractual”.

Manuel Alonso García define a los principios como: "Aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho". Américo Plá Rodríguez señala que los principios son: "Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos". El derecho del Trabajo se caracteriza por su función protectora del trabajador, coincidiendo la doctrina en señalar que el sustento de esta disciplina jurídica se encuentra en la función protectora que cumple, convergiendo la intervención del Estado en las relaciones entre empleador y trabajador, en razón de la necesidad de protección de la persona humana y su dignidad, sustento del Neoconstitucionalismo, en la relación desigual del empleador con el trabajador; disciplina que se orienta por principios que persiguen dicha finalidad de proteger al trabajador en la relación laboral y sus derechos; estos principios rectores sirven para la interpretación y aplicación de las normas y protección de los derechos laborales; no existe uniformidad en la

doctrina respecto de todos los principios laborales, que de acuerdo a la perspectiva y enfoque de los autores se recogen unos si y otros no; para los efectos de este trabajo se exponen principios laborales reconocidos y aceptados por un sector mayoritario de la doctrina, y que son legítimos y válidos para los fines de la presente investigación, cabe señalar que los principios que se desarrollan tienen sustento constitucional.

Principio Indubio pro operario.- Es uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo, cuya importancia ha sido reconocida en el ordenamiento constitucional siendo recogido en nuestro ordenamiento constitucional y legal. Este principio se aplica para los casos de interpretación de las normas legales, favoreciendo la duda al trabajador ante el sentido contrario de dos normas, o sentido oscuro o confuso de una norma. La Constitución Política del Perú de 1979 lo recogía de la siguiente forma: “En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición se está a lo que es más favorable al trabajador”.

La Constitución Política del Perú de 1993 en el artículo 26 inciso tercero establece la: “Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”. La derogada Ley Procesal del Trabajo N° 26636 en el artículo II del Título Preliminar lo prescribe como un principio rector, previendo que: “El Juez, en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando exista varias normas aplicables al caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador”.

La Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497 de fecha 15 de enero del 2010, cuya implementación se viene realizando en los distritos judiciales del país en forma cronológica desde el 16 de agosto del 2010, establece en el artículo IV del Título Preliminar referido a la Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral, que los jueces bajo responsabilidad deben impartir justicia con arreglo a la Constitución Política, tratados internacionales de derechos humanos y la ley; prescribe que los Jueces “Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República”; en este orden subsiste la obligación de interpretar las normas de acuerdo al principio de indubio pro

operario contemplado en la norma constitucional artículo 26 inciso tercero. El principio indubio pro operario sirve para interpretaciones de normas laborales de carácter sustantivo; principio que es exigible y aplicable dentro de las relaciones jurídicas laborales, en el ámbito de las relaciones privadas entre empleador y trabajador, por las autoridades administrativas que conozcan asuntos laborales, en caso de conflicto y afectación de derechos, se aplican en los judiciales y en los constitucionales, por la supremacía subjetiva de la norma constitucional que obliga a toda persona particular, entidad o institución pública y todo poder del Estado a observar las normas y derechos constitucionales. Como se tiene dicho el ámbito de aplicación del principio es para normas de derecho laboral material, sin embargo nada obsta que se aplique en la interpretación de normas procesales, tanto más que el proceso laboral también se orienta por el principio tuitivo a favor del trabajador.

Se debe tener en cuenta para la aplicación del principio, la jerarquía de las normas, requiriendo que el conflicto o duda se produzca entre normas de igual jerarquía, pues si el conflicto se presenta entre normas de diferente rango, prevalece la norma de mayor jerarquía; cuando la norma superior no sea clara o insuficiente, es que se aplica la norma específica que regula el caso concreto. Algunos autores consideran que este principio también se aplica en caso de incertidumbre de los hechos, en el supuesto de que un hecho sea perjudicial al derecho del trabajador (por ejemplo para la aplicación de una sanción), no se producirán los efectos si el hecho no se encuentra suficientemente probado.

Señala Rendón Vásquez, que la incertidumbre también puede sobrevenir sobre los hechos, “Si se imputase al trabajador un hecho que pudiera significarle un perjuicio, no se le podría sancionar el principio de Condición más beneficiosa para el trabajador. Este principio se encuentra prescrito en la Constitución de la Organización Internacional para el trabajo OIT aprobada en el año 1919, en el artículo 19 inciso 8: “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”. Manuel Alonso García exponente de este principio, escribe que la aplicación práctica del principio de condición

más beneficiosa supone dos consecuencias: La primera, que cuando se dicta una reglamentación o disposición de carácter general aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, éstas quedarán modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean para el trabajador más beneficiosas que las nuevamente establecidas. La segunda, en que la nueva reglamentación habrá que respetar, salvo que contuviera afirmación expresa en contra- como situaciones concretas reconocidas a favor del trabajador o trabajadores interesados en aquellas condiciones que resulten más beneficiosas que las establecidas para la materia o materias de que se trate, o en su conjunto por la nueva reglamentación; señala el autor que la condición más beneficiosa se puede dar por la ley, voluntad de las partes, convenio colectivo, el uso y la costumbre. La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el CAS – Contrato administrativo de servicios (STC N° 00002-2010-AI/TC,) no ha valorado este principio de condición más beneficiosa para el trabajador, y equivocadamente lo aplica en relación a un contrato de naturaleza civil como es el contrato de locación de servicios, considerando que pasando de aquel (que por cierto por tratarse de fraude a la ley, en aplicación del principio de primacía de la realidad permitía la desnaturalización en un contrato de trabajo en régimen privado con todos los beneficios y protección al trabajador), al contrato administrativo de servicios, en que el trabajador si no fuere fehacientemente probado, la duda lo favorece.

El trabajador bajo régimen laboral CAS no tiene los mismos derechos, beneficios, y estabilidad que del régimen privado. No puede afirmarse que el Decreto Legislativo N° 1057 sea más beneficioso para el trabajador del sector público, cuando vulnera sus derechos a la igualdad en las relaciones laborales; no se cumple el derecho constitucional de igualdad de oportunidades en la relación laboral sin discriminación, cuando hay trabajadores que realizan las mismas funciones, las mismas labores y responsabilidades, sin embargo uno tiene derecho a la estabilidad, a no ser despedido arbitrariamente sin causa justa, y el otro nunca adquirirá estabilidad y en cualquier momento será despedido bajo la excusa del vencimiento del contrato, cuyo plazo en forma arbitraria y sin estar sometido a control ni justificación lo maneja el funcionario de turno a cargo de la entidad administrativa. Coincidimos con los autores que afirman que las relaciones de trabajo se encuentran protegidas por el artículo 62 de la Constitución Política, y que las nuevas leyes que regulen

la prestación de trabajo bajo subordinación y dependencia, no pueden conllevar modificaciones o cambios desfavorables para los trabajadores; que los regímenes laborales que regulan la contratación laboral no pueden ser en condiciones más desfavorables que las existentes, ni desconocer la protección del trabajador contra el despido arbitrario”.

La norma del artículo 103 de la Constitución que regula la ley en el tiempo, proscribela dación de normas por diferencias de las personas, por lo que tampoco se admite que una ley nueva establezca condiciones más desfavorables para un grupo de trabajadores a diferencia de aquellos que se beneficiaron con las leyes antiguas. Señala la doctrina que “La aplicación de la nueva ley más favorable tiene como base el indicado principio de la condición más favorable que encuentra sustento en dos disposiciones de la Constitución: la que impone al Estado la obligación de promover las “condiciones para el progreso social y económico” (art. 23°), y la que crea el derecho del trabajador “a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar económico y espiritual.” (art. 34°); vale decir que, en materia laboral, las modificaciones dispuestas por la ley sólo podrían conllevar mejoras para los trabajadores (cambios in melius, no in peius)”.

Principio de Igualdad de la Remuneración.- Este principio fue contemplado en la Constitución Política del Perú del año 1979 en su artículo 43 que establecía: “El trabajador varón o mujer tiene derecho a igual remuneración por igual servicio prestado en idénticas condiciones al mismo empleador”; la Constitución actual que consolidó la igualdad de género, más bien consideró necesario proteger el derecho a la remuneración equitativa y suficiente, en el artículo 24: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”. La norma constitucional antes citada, se debe interpretar en coherencia con los tratados de derechos fundamentales, en el sentido de “igual remuneración por trabajo igual”, como lo establece el artículo 23 de la Declaración de Derechos Humanos (ratificada por el Perú por la Resolución Legislativa N° 13282 del 9 de diciembre de 1959): “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.

El Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por el Perú por Resolución Legislativa N° 13284 del 15 de diciembre de 1959), establece en su

artículo segundo inciso primero, la obligación de todo Estado Miembro de garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por igual valor. La Constitución de 1993 en el artículo 24 protege el derecho del trabajador a una remuneración equitativa y suficiente, se contempla este derecho con extensión a diversos aspectos de su persona y para su familia, y se prioriza su pago: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”.

Principio de Inalterabilidad de las remuneraciones y condiciones de trabajo en beneficio del trabajador.- Principio que sirve para regular la facultad atribuida al empleador de modificar las condiciones de trabajo, en tanto sean más beneficiosas para el trabajador; se limita el ius variando del empleador en protección del trabajador. Afecta las posibilidades del empleador de modificar el horario de trabajo, las horas extras, los turnos, las remuneraciones y otros pagos, y todo lo relacionado con las condiciones de trabajo; principio que guarda concordancia con la protección constitucional del trabajo y derechos laborales reconocidos. Cualquier variación de las condiciones en que se presta el derecho al trabajo se encuentra restringido por este principio, para evitar se creen situaciones perjudiciales o desventajosas para el trabajador. El Decreto Legislativo N° 18471 del 10 de noviembre de 1970 ya contemplaba la imposibilidad de reducción de turnos que involucren una reducción de remuneración, sino contaba con la aceptación del trabajador, siendo susceptible de negociación; el decreto legislativo en esta orientación regula en el artículo 30.b la prohibición de reducción inmotivada de la remuneración. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece en su artículo 20 la obligación de los Estados Miembros de adoptar legislación para garantizar una protección eficaz a favor de los trabajadores en materia de contratación y condiciones de empleo, y adoptar medidas para tales efectos.

Principio del rendimiento.- Está vinculado al trabajador y a la productividad, orientado a que el trabajador tenga un rendimiento que justifique la exigencia del monto y pago de una remuneración, poniendo como límite su permanencia en el empleo al

contemplar la posibilidad de la terminación del contrato de trabajo por falta de rendimiento. Se contempla como principio a favor del trabajador al sustentar el incremento de remuneraciones en relación del rendimiento y la productividad, siendo mayor esta última, justifica una mayor remuneración.

Principio de Probidad.- Este principio se encuentra relacionado con el aspecto ético, moral y diligencia en la relación de trabajo, alcanzando tanto a empleador como trabajador; exigen que el trabajo se preste y reciba bajo cánones de honestidad, buena fe, lealtad y diligencia; la buena fe es un principio jurídico fundamental y sustento de todo ordenamiento jurídico, el que irradia como espectro en toda relación jurídica, estando presente en el orden constitucional la buena fe se presume y es rectora de toda conducta. En el campo legislativo se regula la sanción al trabajador que no cumpla este principio, prescribiendo el artículo 25.d del Decreto Legislativo N° 728 como falta grave del trabajador el incumplimiento de obligaciones que signifiquen quebrantamiento de la buena fe laboral, el uso o entrega de información, documentos de la empresa para obtener una ventaja, así como la competencia desleal. La mayoría de reglamentos internos de trabajo regulan la buena fe, honestidad y diligencia en la prestación del servicio.

Principio de continuidad de la relación laboral.- En relación a la duración del contrato de trabajo hay una presunción de continuidad en la prestación del servicio, teniendo como sustento la regla general “el contrato de trabajo a plazo indeterminado” (como se señala los contratos a plazo fijo y modales constituyen la excepción); siendo que el tracto sucesivo de la prestación del servicio no se agota en actos concretos, sino que obligan que la relación laboral se prolongue en el tiempo. El legislador nacional ha escogido la continuidad de la prestación laboral al establecer como regla los contratos de trabajo de duración indefinida, y si bien admite contratos a plazo determinado y modales, empero prevé la desnaturalización de los mismos y su reconocimiento como contratos a plazo indefinido cuando no se cumplen los supuestos y/o requisitos para la contratación de tipo excepcional. El principio de continuidad protege la duración del contrato de trabajo y la estabilidad laboral, permitiendo que el contrato legalmente acabe por voluntad unilateral solo del trabajador y no por voluntad del empleador; los otros casos de terminación del vínculo laboral están referidos a circunstancias diferentes a la voluntad de las partes.

Cuando el empleador da termino al vínculo unilateralmente fractura la relación jurídica facultando al trabajador a tomar las acciones judiciales para ser repuesto en su puesto de trabajo o en su defecto indemnizado (según el caso).

Principio de primacía de la realidad.- Uno de los principios más aplicados para determinar el tipo de contrato de trabajo es el principio de primacía de la realidad, constituyendo asimismo el principio más desarrollado y atendido ampliamente por la doctrina por su aplicación en los procesos judiciales, habiendo merecido asimismo aplicación en los procesos constitucionales de amparo por afectación del derecho al trabajo; este principio encuentra sustento en la protección constitucional del derecho al trabajo previsto en el artículo 22 de la Carta Magna; norma que proscribe la limitaciones del ejercicio de los derechos constitucionales y laborales; así como al carácter irrenunciable de los derechos laborales (artículo 26 inciso segundo de la Constitución Política vigente). De acuerdo a este principio, prevalece la realidad en la prestación laboral, que lo consignado en los documentos; es la forma, modo, lugar, tiempo en que se realiza la actividad laboral la que determinará el tipo de prestación, y no los contratos suscritos ni documentos. La finalidad principista es proteger al trabajador del fraude ante la ley, proscribiendo formulas contractuales ficticias y contradictorias con la realidad del trabajo prestado; en toda discrepancia entre uno y otro, prevalece los hechos sobre los documentos.

Principio de irrenunciabilidad de derechos.- Este principio fue recogido inicialmente por la Constitución Política de 1979 que en el artículo 57 establecía: "Los derechos reconocidos por los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo". La Constitución Política de 1993 reconoce el principio señalando en el artículo 26 inciso segundo que en la relación laboral se respetan entre otros: "El carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley"; por la dimensión objetiva de la supremacía constitucional, todo pacto en contra de este principio es también nulo. Todo contrato o acuerdo en contrario de la irrenunciabilidad de los derechos laborales es inválido, la manifestación de voluntad del trabajador en perjuicio de sus propios derechos laborales no surte efectos, y ello se debe a la indisponibilidad de los derechos laborales otorgados por la Constitución y por las leyes; e involucra la intransigibilidad sobre tales derechos, siendo un principio altamente

protectivo aun en contra de la voluntad expresada por el trabajador, obedeciendo a la función tuitiva laboral, para evitar que por presiones del empleador, o del mercado, el trabajador se vea forzado a renunciar a sus derechos legalmente establecidos. Las normas laborales son imperativas y de obligatoria observancia, normas que establecen condiciones mínimas en la prestación del trabajo, que si bien pueden ser superadas brindando mayores ventajas y beneficios, no pueden ser disminuidas aun obteniendo la declaración de voluntad del trabajador.

2.1.10. *El contrato de trabajo.*

2.1.10.1. *Fundamentos Generales.*

En nuestro ordenamiento jurídico el contrato es definido como el acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (artículo 1351 del Código Civil). Cabe precisar que el Contrato correspondiente a una relación de trabajo se regula por sus propias normas, constituyendo uno de carácter especial y con elementos esenciales que lo diferencian del contrato civil, estando de por medio el trabajo que goza de protección constitucional y que forma parte de los derechos sociales, señalando el artículo 22 de la norma constitucional que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. Contando con una protección y regulación especial, lo que no se contradice con el ordenamiento civil que tiene contemplado la excepcionalidad de las reglas generales de contratación a los contratos que se rigen por sus propias reglas, como sucede con el contrato de trabajo (artículo 1353 del Código Civil). No obstante el contrato laboral comparte algunas reglas y principios de los contratos civiles, que se exponen más adelante. El laboralista Jorge Toyama señala en términos generales que “El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de aménidad (servicios subordinados prestados para otra persona)” (TOYAMA MIYAGUSUKU, Diciembre 2008); definiendo a este tipo de contrato como “un negocio jurídico mediante el cual un trabajador presta servicios personales por cuenta ajena para un empleador, en una relación de subordinación a cambio de una remuneración”; definición que realiza en función de los elementos esenciales del

Contrato de Trabajo, como es la prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

En la normatividad no se encuentra una definición legal precisa y aplicable a todo tipo de contrato de trabajo, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003- 97-TR47 que regula el régimen laboral privado, prescribe que: “En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado”. Norma que también recoge los elementos esenciales del contrato de trabajo, que pertenecen tanto a los contratos laborales a plazo indeterminado como a plazo determinado. El artículo 23 de la Constitución Política protege al trabajador quien solo estará obligado por propia voluntad, libre consentimiento y derecho a una retribución, señalando la norma que “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”. Podemos afirmar que todo contrato de trabajo contiene un acto jurídico celebrado por acuerdo de voluntades de dos personas, una en calidad de empleador y otra en calidad de trabajador, para crear una relación jurídica laboral, en que el trabajador se compromete a prestar sus servicios sea esfuerzo físico o intelectual a favor del empleador bajo condiciones de subordinación y dependencia, el empleador tiene a su cargo la contraprestación de abonar una remuneración en forma periódica por el trabajo realizado, obteniendo un lucro o beneficio por el servicio brindado.

2.1.10.2. Características esenciales del contrato de trabajo.

Las características inherentes al contrato de trabajo manifiestamente lo distancian y distinguen de otro tipo de contrataciones civiles, mercantiles e incluso administrativas. Como todo acto jurídico requiere para su celebración y para constituir compromisos, derechos y obligaciones, la expresión de la voluntad; la decisión libre y autónoma de las personas las vinculan en la relación laboral. Las características del contrato de trabajo se desarrollan a continuación.

a. **Autonomía de la voluntad.-** El contrato de trabajo se rige por el principio de autonomía de la voluntad, poder jurídico que tiene toda persona para decidir sobre sus intereses gozando de la libertad para contratar, conforme a la protección constitucional prevista en el inciso 14 del artículo segundo de la Constitución Política de 1993; algunos términos contractuales ya están fijados por las leyes específicas (por ejemplo el derecho a

las vacaciones, gratificaciones, etc.), y otros se deja a la decisión de las partes pero limitados bajo ciertos parámetros (por ejemplo los contratantes pueden fijar el monto de la remuneración y el horario de trabajo, pero la ley limita en algunos casos que la remuneración no puede ser menor al mínimo vital, y el horario de trabajo no puede ser mayor a las ocho horas).

b. **Consensualidad.-** El Contrato de trabajo también se rige por el principio de consensualidad, en tanto se perfecciona el contrato por el solo consentimiento de las partes contratantes, requiriendo el acuerdo de las dos partes (empleador y trabajador) para su celebración; en la confluencia de las voluntades que nace el contrato de trabajo. La manifestación de voluntad puede darse en forma verbal (expresa o tácita), o por escrito con las formalidades que la ley prevé según el tipo de servicio y régimen laboral (contratos de trabajo modales); cuando la ley no exige forma escrita para determinado tipo de Contrato de Trabajo, estamos ante un contrato no solemne, y el documento solo servirá para efectos de la prueba (por ejemplo el régimen del Decreto Legislativo N° 728 a plazo indeterminado); en otros casos la ley exige ciertas formalidades incluso desde la convocatoria hasta la suscripción del documento para la contratación (como el caso del 48

Art. 2 inc. 14 Constitución Política de 1993: Toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. Contrato Administrativo de Servicios), por lo que se estará ante un contrato ab solemnitatem.

c. **Buena fe.-** El contrato de trabajo también se celebra bajo el principio de buena fe, vinculando al empleador y trabajador a actuar con veracidad, honestidad y lealtad en las relaciones contractuales laboral, buena fe que es exigible en la celebración como en la ejecución del contrato. Sujetos del contrato laboral.- Los sujetos son sólo dos, el empleador y el trabajador (a diferencia de los contratos civiles, mercantiles, etc., en que se admite que puedan haber más de dos partes); el empleador puede ser una persona natural o jurídica, y el trabajador siempre será una persona natural o física (hombre o mujer, adulto o menor de edad) que presta un servicio remunerado a favor del empleador.

2.1.10.3. Objeto del contrato de trabajo.

La prestación de servicios personales constituye el objeto del contrato, que el trabajador presta en forma subordinada bajo la dirección del empleador, a cambio de una

contraprestación –remuneración-, más derechos y beneficios previstos por la normatividad y según el régimen y tipo de contrato laboral pactado. El plazo del contrato puede ser a plazo fijo o a plazo indeterminado, siendo la regla general “a plazo indeterminado”, y la excepción la temporalidad “a plazo fijo”. Conforme a lo arriba señalado, se puede concluir en las siguientes características del Contrato de Trabajo: • Es un contrato consensual.- Se origina por acuerdo de voluntades. • Es Bilateral.- Siempre habrá solo dos partes – empleador y trabajador. • Oneroso.- La prestación de servicios, recibe a cambio una contraprestación económica denominada remuneración. • Es de tracto sucesivo, lo que se cumple durante la vigencia del contrato sea a plazo fijo o indeterminado.

2.1.10.4. Elementos del contrato de trabajo.

Son tres los elementos esenciales del Contrato de Trabajo, dependiendo de su presencia en conjunto para definirlo, de lo contrario será otro tipo de relación jurídica más no laboral. La prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración son los elementos esenciales que tipifican y definen un Contrato de Trabajo.

a. Prestación de servicios.- El trabajo se realiza en forma personal y directa, el servicio que brinda el trabajador puede ser manual o intelectual; señalando Sanguinetti al respecto que: “La obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (*operae*), la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (*opus*) que se independice de la misma”; precisa el laboralista Jorge Toyama que la prestación de servicios es personalísima “*intuitu personae*”, no admitiendo delegación a terceros, a diferencia del contrato familiar en que la prestación de servicios es realizada por varios miembros de la familia, en el contrato de trabajo como regla general la prestación de servicios es personalísima. Algunos autores como Jorge Toyama señalan “la amenidad” como una característica especial del contrato de trabajo ligado con la prestación de servicios, en cuanto el servicio se presta por cuenta ajena, siendo un trabajo prestado a favor de otra persona, en que los beneficios, resultados, frutos, rentabilidad del trabajo le pertenece al empleador, quien también asume los riesgos que acarrea la realización del trabajo (por ejemplo pérdidas económicas, responsabilidad civil contractual y extracontractual, etc.).

b. La subordinación.- Este elemento es considerada como determinante del contrato de trabajo, que lo distingue de los contratos de obra, de locación de servicios u otros tipos de contrataciones con obligación de hacer incluso intuito persona. Por la subordinación el trabajador presta su servicio bajo dependencia, ordenes, fiscalización y facultades sancionadoras del empleador; Luque Parra describe la subordinación como un poder privado en el ámbito del desarrollo de actividades del empleador, indica que es “Un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva”. Cabe anotar que la subordinación esta en relación al desarrollo de actividades laborales y prestación del servicio, conforme a las facultades reconocidas en el sistema laboral al empleador, las que deben desarrollarse conforme al derecho constitucional de respeto de la persona humana y de su dignidad – artículo 1° de la Constitución Política-. El trabajador ejecuta la actividad laboral en forma subordinada de acuerdo a las órdenes y disposiciones del empleador quien detenta la dirección con potestades para determinar la forma y modo de prestar el servicio, de fiscalizar (controlar el cumplimiento del servicio) y sancionar (conforme a un Reglamento Interno de Trabajo y legislación laboral). Conforme al artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR “por la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes 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”. Asimismo la ley faculta al empleador a regular y modificar los horarios, forma y modalidad de realización del trabajo: “El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

c. La remuneración.- Es la contraprestación económica que el empleador abona periódicamente al trabajador a cambio de su trabajo. Este es un elemento también característico y propio del contrato de trabajo, que como se tiene dicho es oneroso, siendo el interés y finalidad económica perseguida por la persona que presta su esfuerzo físico o

intelectual en una relación jurídica laboral, el obtener una contraprestación por el servicio que presta. Señala el laboralista Jorge Toyama que uno de los temas centrales en la relación laboral reside en la determinación de la naturaleza jurídica de los ingresos que perciben los trabajadores; como ya los hemos señalado la remuneración constituye uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, El autor antes citado señala que las prestaciones que percibe el trabajador deben ser calificadas “en principio, dado el concepto “totalizador” y la “vis atractiva” o la concepción total y comprensiva de cuantos beneficios perciba como contraprestación de sus servicios, como remunerativas”, con carácter contraprestativo. El derecho a recibir una remuneración por la prestación laboral encuentra protección constitucional en el artículo 24 que establece: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

2.1.11. Principales beneficios laborales.

Los beneficios laborales son relevantes en toda relación individual de trabajo, los que se encuentran regulados en normas legales, que ha decir de Jorge Toyama la normatividad laboral en estos temas ha sufrido cambios radicales en nuestro país, siendo la mayor parte de las normas legales en un porcentaje del 95% de la década de los 90. Es necesario precisar que existen diferentes enfoques, aristas y discrepancias sobre el tema de beneficios sociales, habiendo acogido la perspectiva teórica-práctica desarrollada por Jorge Toyama quien parte de una explicación básica y general del contenido legislativo; para el laborista citado los beneficios sociales son todos los conceptos que perciben los trabajadores “por o con ocasión del trabajo dependiente”, no le interesa al autor el origen (legal –heterónimo, o convencional, autónomo), el monto o la oportunidad del pago, la naturaleza remunerativa del beneficio, la relación de género-especie, la obligatoriedad o voluntariedad, sino que “Lo relevante es que lo percibe el trabajador por su condición de tal”; y en tal aspecto, consideramos que estos beneficios sociales alcanzan y son derechos de los trabajadores; refiriéndonos solo a los beneficios convencionales y más trascendentes.

a. **Remuneración.-** Los trabajadores tienen derecho al pago de una retribución justa por la prestación del servicio físico o intelectual; la remuneración constituye uno de los elementos esenciales del trabajo, la que puede estar integrada por un solo concepto, o por varios, contemplado la ley desde una remuneración básica, a remuneraciones complejas integrada por varios conceptos complementarios y suplementarios determinados por ley y/o convenios colectivos. La ley determina la remuneración computable para la determinación de beneficios sociales; asimismo formalmente y también en las instancias judiciales, sin perjuicio que puede ser distante de la realidad en muchos casos, el monto remunerativo no puede ser menor al fijado como mínimo por la ley. La remuneración es pagada en forma mensual y periódicamente al trabajador. Como lo describe Jorge Toyama, la remuneración tiene como características que se entrega como contraprestación de los servicios, genera ventaja patrimonial al trabajador, puede ser abonada en especie o en efectivo, es de libre disposición del trabajador; por tratarse de contraprestación, el pago está condicionado al trabajo efectivo prestado o en su defecto en los casos de suspensión imperfecta del contrato de trabajo (licencias con goce de haber). Sobre el tema remunerativo la Constitución Política vigente tiene previsto el derecho del trabajador a una remuneración (artículo 24), la que debe ser equitativa y suficiente para el trabajador y su familia, asimismo que le brinde bienestar material y espiritual. También establece una protección al carácter alimentario de la remuneración, señalando que ésta tiene prioridad sobre otras deudas del empleador.

b. **Gratificaciones.-** No constituyen un concepto remunerativo, pero sí un derecho de los trabajadores, siendo considerada de carácter extraordinario, liberal, vinculada a la ocasión, no es contraprestativa. Se cuenta con gratificaciones estrictamente liberales otorgadas por el empleador en razón de ciertas circunstancias y con fines premiales, por ejemplo gratificaciones extraordinarias por productividad, logros, etc. También tiene derecho al pago de gratificaciones de fiestas patrias, navidad (aguinaldo), es adicional a la remuneración y no tiene relación directa con la calidad y/o cantidad del servicio prestado, tampoco se exige requisito adicional a ser trabajador y haber laborado como mínimo un mes calendario completo para su otorgamiento; se encuentran ordenadas por ley 27735, constituyen gratificaciones ordinarias y obligatorias, por lo que ante el incumplimiento de pago el trabajador puede reclamarlas judicialmente.

c. **Otros pagos.-** Los trabajadores tienen derecho al bono por escolaridad pago que está vinculado al incremento de gastos por las matrículas e inicio del año escolar de los hijos de los trabajadores. La asignación familiar es un derecho de los trabajadores del régimen laboral privado, y el concepto tiene por finalidad ayudar a los gastos y manutención de los hijos menores de edad, así como los mayores que siguen estudios superiores. La participación laboral en las utilidades de las empresas es un derecho exclusivo de los trabajadores del sector privado.

d. **Vacaciones.-** El trabajador tiene derecho a gozar de vacaciones remuneradas treinta días al año de labor completo, así como al pago del triple sueldo en caso se le niegue el derecho a vacacionar. Goza de estabilidad laboral relativa, pudiendo ser despedido solo por las causas previstas por ley y cumplidos los procedimientos disciplinarios. Tienen derecho a la jubilación estando en el sistema provisional del D.L. 19990 a cargo de la Oficina Nacional de Pensiones, y la opción de afiliarse en el Sistema Privado de Pensiones -AFP.

e. **Compensación por tiempo de servicios.-** No existe acuerdo sobre la naturaleza jurídica de la Compensación por tiempo de servicios, para algunos es un beneficio social, para otros una remuneración diferida, sin embargo por ley (artículo 2 del Decreto Legislativo N° 650) se debe entender como un seguro de desempleo, previstos para las contingencias del trabajador y de su familia, al quedarse éste sin trabajo y dejar de percibir la remuneración mensual.

f. **Estabilidad laboral.-** Los trabajadores del régimen privado a plazo indeterminado tienen derecho a la estabilidad, por lo que al superar el periodo de prueba de tres meses no pueden ser despedidos salvo por causas justificadas. La ley admite que se pueda ampliar el periodo de prueba en razón de la capacitación y/o entrenamiento que requiera el trabajador, la ampliación debe constar por escrito no pudiendo exceder en conjunto de seis meses para los trabajadores calificados de confianza y de un año para el personal de dirección – artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad.

g. **Suspensión del contrato de trabajo.-** La suspensión se produce cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar servicio y el empleador de pagar

la remuneración sin que desaparezca el vínculo laboral (artículo 11 de la Ley citada), siendo en este caso una suspensión perfecta; también se contempla la suspensión imperfecta cuando el trabajador no se encuentra obligado a prestar el servicio por determinadas circunstancias, pero el empleador mantiene la obligación de pagar la remuneración aunque no se ejecute la contraprestación efectiva de labores. Los casos de suspensión imperfecta se encuentran regulados taxativamente en el artículo 12° de la ley de competitividad y productividad, considerando los casos de invalidez temporal, enfermedad y accidente comprobados, maternidad durante el descanso pre y post natal, descanso vacacional, licencia para desempeñar cargo cívico y cumplir servicio militar obligatorio, permiso y licencia para desempeño de cargo sindicales, derecho de huelga; también se contempla casos de suspensión perfecta, esto es sin goce de remuneraciones, como el caso de la sanción disciplinaria de suspensión sin haberes, detención del trabajador, inhabilitación administrativa o judicial por periodo no superior a tres meses, permisos o licencias concedidas por el empleador, caso fortuito, fuerza mayor (en este caso la suspensión del contrato de trabajo el empleador debe comunicar previamente a la Autoridad Administrativa de Trabajo justificando la suspensión).

h. **Extinción del contrato de trabajo.-** El contrato de trabajo se extingue en los casos contemplados por la ley (artículo 16), por fallecimiento del trabajador o del empleador cuando éste último es persona natural. Por renuncia o retiro voluntario del trabajador; terminación de obra o servicio, cumplimiento de condición resolutoria, vencimiento de plazo en el caso de contratos modales, por mutuo disenso entre trabajador y empleador, por invalidez absoluta permanente del trabajador, jubilación del trabajador, despido en los casos y forma permitidos por ley, terminación objetiva en los casos y forma permitidos por la ley. La ley prevé para el caso de renuncia o retiro voluntario y cuando media acuerdo de partes, se requiere se formule por escrito; en el caso de invalidez absoluta permanente del trabajador la relación laboral se extingue automáticamente de pleno derecho; la jubilación es obligatoria y automática para el trabajador que cumple los setenta años.

i. **Protección contra el despido arbitrario.-** Entre las conquistas del Derecho Laboral se ha conseguido la protección del trabajador contra el despido arbitrario, estando

solo permitido el despido por causa justificada previo procedimiento de ley. Las normas y Tratados Internacionales contemplan la importancia de la continuidad de la prestación del servicio, constituyendo un derecho del trabajador, por lo que la interrupción unilateral por decisión del empleador solo es admitida en los casos previamente regulados en los ordenamientos nacionales, mas no se admite en ningún caso el despido arbitrario, contemplando como formas de proteger al trabajador ante actos de esta naturaleza, vía reposición o indemnización. El Decreto Legislativo N° 728 contempla en detalle las causales legales para el despido de un trabajador. El artículo 22° de la ley establece que “Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

j. El artículo 23 contempla las siguientes causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. El artículo 24° contempla causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: la comisión de falta grave; la condena penal por delito doloso; la inhabilitación del trabajador.

k. La falta grave prevista como causal de despido, viene a constituir la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Estando tipificadas en el artículo 25 de la ley las faltas graves: el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del

Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad. La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta. La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

l. La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor. El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa con la intención de causar perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal. La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo. Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente.

m. El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de ésta. El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las

ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones. Las faltas graves se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir (artículo 26). El despido del trabajador por comisión de delito doloso se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y ser conocido por el empleador, salvo que este haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador (artículo 27). La inhabilitación que justifica el despido del trabajador, es la emitida por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un periodo de tres meses o más (artículo 28).

n. El trabajador se encuentra protegido contra el despido que tenga por motivo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; por ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; en el caso de presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes; en los supuestos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de una causa justa para despedir. Ello es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. En estos casos el despido es nulo y el trabajador tiene derecho a la reposición.

o. Las hostilizaciones al trabajador son equiparadas como despido indirecto (artículo 30º), considerando como actos de hostilidad que constituyen despido: Falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo fuerza mayor o caso fortuito comprobados por el empleador; reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente

servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; la inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; el acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; los actos contra la moral y todos los que afecten la dignidad del trabajador. El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito al empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para el descargo o enmienda su conducta, según sea el caso. Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia. Contando el trabajador con normas que lo protegen contra despidos arbitrario, injustificados, nulos, actos de hostilización en protección de sus derechos laborales y su dignidad.

2.1.12. Contratación laboral en el sector público.

Clases de contrato de trabajo.

Respecto a los contratos de trabajo la primera clasificación que se conoce está vinculada a la duración del contrato, a la continuidad de la prestación del servicio, que puede ser a plazo indeterminado y a plazo fijo. Mas esto no es todo en el tema de contratos de trabajos, existiendo en el derecho laboral nacional una peculiaridad de contener normas y leyes que regulan diferentes regímenes laborales, que incluye dos grandes y destacados como el régimen privado y el régimen público, además de los variados regímenes laborales especiales. Para este trabajo interesa tratar solo de los contratos de trabajo aplicados en el sector público, del régimen privado regulado por el Decreto Legislativo N° 728, el contrato del régimen público regulado por el Decreto Legislativo N° 276, y el contrato administrativo de servicios; y también trataremos de la locación de servicios y contratos de servicios no personales que sin estar previstos legalmente como contratos de trabajo, han constituido modalidades muy usada para encubrir una relación laboral; y cuyo análisis nos servirán para entender mejor el contexto laboral en que se ha creado el Contrato Administrativo de Servicios, cuya inconstitucionalidad es materia de este trabajo.

2.1.13. Contrato de trabajo del régimen privado. Decreto legislativo n° 728

Pertenece al ámbito del sector privado, creado para regular las relaciones jurídicas laborales de los trabajadores que prestan servicios para empleadores particulares; sin embargo este régimen laboral fue introducido en el sector público donde subsiste y/o coexiste con el régimen del Decreto Legislativo N° 276, en la realidad laboral es la situación de la generalidad de las entidades públicas (como en el caso de las Municipalidades que tiene empleados y funcionarios en el régimen público, y obreros como los denominados trabajadores municipales en el régimen privado; en igual forma en varias entidades públicas como en el caso de las universidades nacionales, ministerios, e incluso Poder Judicial conviven laboralmente personal de los dos regímenes diferentes), salvo excepciones muy limitadas, y casos donde se aplican regímenes específicos (como por ejemplo los docentes del sector educación). Este tipo de contratación solo admite la prestación de servicios en forma personal y directa del trabajador, estableciendo el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 728 que “Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural”. El contrato de trabajo de este régimen se caracteriza por la prestación de servicios remunerados bajo relación de dependencia y subordinación -artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR- (a diferencia de la locación de servicios donde no existe el carácter dependiente ni subordinación). La duración del contrato por regla general es a plazo indeterminado, y la excepción es la temporalidad; por lo que la norma presume en toda prestación de servicios remunerados y subordinados un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

El contrato a plazo indeterminado no tiene un término definido en razón de la naturaleza de las labores y la continuidad del servicio, a diferencia del contrato a plazo determinado que es temporal pudiendo ser a tiempo parcial o sujeto a modalidad; ambos están en relación a las condiciones en el Poder Judicial y el Ministerio Público, los magistrados se encuentran en el régimen del Decreto Legislativo N° 276 y el personal jurisdiccional y administrativos en el régimen del Decreto Legislativo N° 728 a plazo indeterminado y plazo fijo.

Resulta pertinente tener presente que el contrato de trabajo sujeto a modalidad, denominado como contrato modal, no está previsto para negar el derecho a la estabilidad

laboral de los trabajadores; la norma lo ha contemplado para ser aplicado en determinadas circunstancias justificadas por la naturaleza temporal o accidental del servicio o de la obra a ejecutar. Cuando el contrato modal no cumple los supuestos legales se desnaturaliza, siendo reconocido por el ordenamiento jurídico, que privilegia la primacía de la realidad por sobre los documentos, como un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Los contratos modales permitidos por la ley de productividad y competitividad laboral son los siguientes: a) Contrato de naturaleza temporal por inicio o lanzamiento de una nueva actividad empresarial, cuya duración máxima no puede superar los tres años, en relación al tiempo considerado como prudencial para que una nueva actividad empresarial pueda consolidarse y tener visos de continuidad. b) Contrato por necesidades del mercado, de naturaleza accidental dependiendo de las circunstancias del mercado, que exceden las exigencias normales y no pueden ser atendidas por el personal permanente de la empresa; la duración máxima de renovación contractual es de cinco años. c) Contrato por reconversión empresarial, en casos de sustitución, modificación, ampliación de actividades de la empresa, así como cambio de tecnología y renovación de equipos y maquinarias de la empresa, medios o sistemas, procedimientos de producción, etc.

En cuanto a los Contratos de naturaleza accidental, son para atender necesidades temporales y transitorias de actividades propias de la empresa, puede ser por una duración máxima de 6 meses por año.

El Contrato Ocasional – Accidental, es para atender necesidades de carácter transitorio pero diferentes a las normales de la empresa, cuya duración máxima es de seis meses a un año.

El Contrato de Suplencia, para cubrir temporalmente una plaza que no esté cubierta con personal a plazo indeterminado o estándolo por razones justificadas éste no puede prestar el servicio por cierto tiempo. g. Contrato de emergencia, para atender necesidades de la empresa suscitadas por fuerza mayor o caso fortuito.

El Contrato de Obra o Servicio, se celebran por obra determinada o servicio específico, el termino del contrato está en relación a la duración de la obra o del servicio objeto del contrato; no está previsto para labores de naturaleza permanente de la propia empresa o entidad.

El Contrato Intermittente, para atender necesidades de la empresa en actividades permanentes pero no continuas, la contratación por cada periodo se produce en forma automática.

El Contrato por Temporada, para atender necesidades propias de la empresa que se dan en específicas épocas y ocasiones del año, por ejemplo campañas de navidad, fiestas patrias, que se dan todos los años pero por épocas. Los contratos modales no pueden superar los plazos máximos previstas por ley, pues de hacerlo o ser utilizado para cometer fraude contra la ley, se produce la desnaturalización considerándose un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Desde ya se puede advertir que la Contratación Administrativa de Servicios no se encuentra en ninguno de los supuestos del contrato modal, por estar previsto para labores de carácter permanente, propias de la institución pública; no es ocasional ni responde a inicio de actividades ni lanzamiento de campañas; solo coincide con uno de los casos cuando es utilizado para reemplazar provisionalmente a un personal de plazo indeterminado, hasta que este retorne a su plaza, es decir para los casos de suplencia; contratación CAS por suplencia que algunos lo llaman “CAS impuro”, para diferenciarlo del “CAS puro” que indica la contratación laboral sin fines de suplencia. Los derechos y beneficios sociales del régimen privado se encuentran ampliamente detallados en el capítulo anterior, gozando el trabajador además del derecho al pago de una remuneración de carácter contraprestativa por el trabajo realizado, del pago de gratificaciones ordinarias y extraordinarias, pagos por conceptos varios, como bonos, escolaridad entre otros, derecho a vacaciones, el pago de la compensación por tiempo de servicios al término de la relación laboral; también tiene derecho a la estabilidad laboral, a la protección contra el despido arbitrario e injustificado, regulando la ley expresamente las causales justificadas de despido, como las acciones legales del trabajador contra el despido arbitrario, despido nulo, gozando del derecho a la indemnización o la reposición respectivamente.

En la década de los años noventa se produjo un fenómeno de migración del régimen legal laboral del Decreto Legislativo 728, al sector público, prevaleciendo en las autoridades políticas a cargo de las entidades públicas la concepción de flexibilización en la administración de recursos humanos, y buscando una norma que les brinde la posibilidad de

manejar con mayor libertad el tema de las remuneraciones, categorías y niveles, distribución de funciones y responsabilidades, obligaciones y sanciones a los trabajadores, es que este sistema laboral se mudó al ámbito público, empezando con instituciones nueva en aquel entonces, como INDECOPI, OSINERG, CONASEV, CONTRALORÍA, SUNAT, ADUANAS, al Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal Constitucional (antes Tribunal de Garantías Constitucionales), Congreso, ONPE, RENIEC, etc. Otra de las razones de la migración se debió al tema previsional, considerando que era mayor el costo previsional para los trabajadores del régimen público, por la aplicación de la Ley 20530 que les daba derecho como cesantes al pago mensual de las remuneraciones actualizadas e iguales conceptos y montos que percibe un servidor en actividad, sistema conocido como “cedula viva”. Ello originó la inclusión en el sector público de un régimen laboral privado, estableciendo diferencias en los derechos laborales, pero no con fines de proteger al trabajador, sino evitar mayores costos al Estado, así como superar problemas en el manejo de personas, que pienso que podría solucionarse con una mejor política y legislación laboral, que responda a criterios técnicos y no subjetivos, con proyección en el tiempo y no para soluciones temporales; debiendo tener en consideración especialmente que no se están manejando recursos económicos ni bienes, sino seres humanos que tienen derecho al respeto como personas y de su dignidad, y a la protección de sus derechos laborales y derecho a su bienestar conforme a un Estado Social; no es un imposible considerando que de acuerdo a las normas y tratados internacionales que más han desarrollado la protección de los trabajadores, solo exigen a los Estados el cumplimiento de los mínimos, así como la progresión y no retroceso sobre lo ya reconocido.

2.1.14. Contrato de trabajo del régimen público - decreto legislativo n° 276.

Es un régimen laboral estricta y exclusivamente para las personas naturales que prestan servicios en las entidades del Sector Público. La ley regula el acceso mediante concurso público previo cumplimiento del perfil y requisitos del cargo, incorporándose el trabajador cuando es nombrado. El Decreto Legislativo N° 276 denominado Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público se promulga con fecha 25 de marzo del año 1984, teniendo por sustento el artículo 59 de la Constitución Política del Estado del año 1979, con la finalidad de regular el ingreso, derechos y deberes

que corresponden a los servidores públicos; expone que la: “Carrera Administrativa es una institución social que permite a los ciudadanos ejercer el derecho y el deber de brindar sus servicios a la Nación, asegurando el desarrollo espiritual, moral, económico y material del servidor público, a base de méritos y calificaciones en el desempeño de sus funciones y dentro de una estructura uniforme de grupos ocupacionales y de niveles”. El artículo primero del Título Preliminar de la norma define a la carrera pública como el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la administración pública. La ley distingue a los servidores de carrera, de los contratados, asimismo establece que los funcionarios públicos que desempeñan cargos políticos o de confianza, al igual que los servidores contratados no están comprendidos en la Carrera Administrativa, así como tampoco los miembros de las Fuerzas Armadas, Policiales, ni trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta cualquiera sea su forma jurídica. En el régimen público del Decreto Legislativo N° 276 se encuentran los servidores de carrera (que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente), así como los servidores contratados para realizar labores administrativas de carácter permanente.

La norma regula que el ingreso a la carrera administrativa es mediante presentación y aprobación del concurso de admisión, habiendo cumplido previamente los requisitos de ser ciudadano peruano en ejercicio, buena conducta y salud, atributos del grupo ocupacional y demás que señalen las leyes (artículo 12). También regula la promoción y ascenso del servidor de carrera; y posibilitaba que el servidor contratado pudiera ingresar a la carrera pública previa evaluación y bajo condición de que existiere plaza vacante, con el beneficio de que le reconocían la antigüedad y tiempo de servicios prestados como contratado. Cabe resaltar que de acuerdo a la ley, la carrera pública se rige por los principios de igualdad de oportunidades, estabilidad, garantía del nivel adquirido, retribución justa y equitativa, rigiéndose esta última por principios de universalidad, base técnica, relación directa con la carrera y adecuada compensación económica. En lo que se refiere a las obligaciones, prohibiciones y derechos previstos en el artículo 21 de la ley, así

como el régimen disciplinario, estos alcanzan a todos los servidores públicos con independencia si son de carrera o contratados.

Las obligaciones están referidas al cumplimiento de las funciones, proteger los intereses del Estado, emplear austeramente los recursos públicos, cumplimiento del horario y puntualidad, conocimiento, capacitación, buen trato al público, superiores y compañeros de trabajo; así como deberes de confidencialidad y reserva, y deberes de informar actos delictivos o de inmoralidad cometidos en ejercicio de la función pública. Tienen la obligación de efectuar declaración jurada de ingresos, bienes y rentas; y entre las prohibiciones se encuentran la de realizar actividades distintas al cargo durante el horario de trabajo, salvo labor de docente, recibir retribución de terceros para realizar u omitir actos de servicio, realizar actividad política partidaria durante el cumplimiento de deberes. Los derechos y beneficios de los trabajadores del sector público son similares con los del sector privado, en cuanto al derecho de pago de una remuneración mensual y periódica, sin embargo el monto de las remuneraciones es regulado por ley y de acuerdo a escalas remunerativas. Tienen derecho al pago de gratificaciones de fiestas patrias y navidad, así como el bono por escolaridad, pero a diferencia del sector privado, todos los trabajadores públicos no reciben un sueldo por dichos conceptos, sino el monto fijado por ley; en algunos casos de funcionarios públicos si reciben un sueldo, pero cabe anotar que la remuneración viene a constituir menor que la retribución mensual que perciben (que está compuesta por el sueldo, diferentes tipos de bonificaciones y otros conceptos que no se consideran como remuneración y no son pensionables). A diferencia del sector privado que las remuneraciones las fija directamente el empleador, con el derecho del trabajador que la misma sea integrada por todo pago periódico y de libre disposición que perciba el trabajador. Los trabajadores gozan del derecho a un mes de vacaciones por año de labor cumplido, que es disfrutado en la fecha que señale la entidad pública y de acuerdo a la necesidad del servicio. En cuanto al derecho a huelga y sindicalización, está permitido para la generalidad de trabajadores del sector público, más se restringe para algunos funcionarios y según el tipo de actividad esencial para el Estado, por ejemplo altos mandos militares, magistrados, etc.

El trabajador público goza de estabilidad laboral, por lo que solo puede ser cesado o destituido por causa prevista por ley y previo procedimiento disciplinario; entre las causales de cese se encuentran supuestos coincidentes con el régimen privado, como el caso de fallecimiento, incapacidad absoluta permanente, renuncia, etc. El servidor público del régimen del D.Leg. 276 se encuentra protegido contra el despido injustificado y el despido nulo. Tiene derecho a la jubilación por lo general al cumplir los 70 años de edad; sin embargo según la fecha de ingreso a la dependencia estatal y la ley que lo acoge, algunos son considerados cesantes (D.L. 20530) y otros jubilados (D.L. 19990 y AFP). Al término de la relación laboral tienen derecho al pago de la compensación por tiempo de servicios, al igual que el régimen privado reciben un sueldo por año.

2.1.15. Contrato de locación de servicios.

El contrato de locación de servicios se encuentra regulado en el Título IX de Prestación de Servicios de la Sección Segunda del Libro VII del Código Civil, constituyendo contrato nominado cuyo objeto es la prestación de servicios. El artículo 1755 del Código Civil establece que por la prestación de servicios se conviene que estos o su resultado sean proporcionados por el prestador comitente. Las modalidades de prestación de servicios nominados vienen a constituir la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro. De acuerdo a la norma sustantiva (artículo 1764° Código Civil), por la 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. La ausencia de subordinación es la característica diferenciadora de la locación de servicios respecto al contrato de trabajo. Estando ante un tipo contractual por el cual una persona presta servicios a favor de otra persona natural o jurídica, los servicios pueden ser materiales o intelectuales, el servicio puede ser remunerado o no, y cuando lo fuere este se pagará después de efectuado el servicio o aceptado su resultado; se admite de acuerdo a la naturaleza del servicio, la costumbre que el servicio sea pagado por adelantado o periódicamente. A diferencia de los otros contratos nominativos de prestación de servicios, en la locación de servicios el locador debe prestar personalmente el servicio, sin embargo se admite bajo su responsabilidad y dirección que reciba la colaboración de

otras personas, siempre que ello se encuentre permitido por el contrato, usos y/o naturaleza de la prestación.

La remuneración se fija por común acuerdo de las partes, y en el caso que no se hubiere acordado, se determina según las tarifas profesionales, usos, de acuerdo a la calidad, entidad y demás circunstancias del servicio. La prestación de servicios bajo esta modalidad está sujeta a un plazo máximo de seis años en el caso de servicios profesionales, y de tres años en otro tipo de servicios. Estando ante un contrato de naturaleza civil, que se perfecciona con el consentimiento de las partes, siendo consensual, bilateral, con obligaciones recíprocas, prestación de servicios (materiales o intelectuales), en forma personal (con o sin auxiliares o colaboradores a cuenta del locador), y contraprestación de una retribución (llámese remuneración, honorarios, etc.) No hay relación de dependencia ni subordinación entre el locador que presta el servicio, con el conductor que recibe el servicio; el locador es independiente en relación a la otra persona, tampoco recibe órdenes de ella ni está sometido a su dirección, la obligación contractual del locador es prestar el servicio (resultado) en los términos contractuales convenidos. La locación de servicios definitivamente no es un contrato de trabajo, sin embargo en la práctica y realidad se suele usar esta figura contractual para encubrir una relación laboral en perjuicio del trabajador.

2.1.16. Contrato de servicios no personales.

El contrato de servicios no personales no tiene una categoría jurídica específica, este contrato se origina en razón de normas presupuestarias que contemplaban la contratación de personal para el sector público. Se tratan de normas dispersas que hacen mención a este tipo de contratación, la Ley Anual de Presupuestos y la derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado hacía referencia a este tipo de contrato; mas no se cuenta con una norma especial que regule su naturaleza jurídica, que lo reglamente. Esta situación de vacío legislativo ocasionó que en la práctica se apliquen normas de derecho administrativo, derecho civil, derecho laboral público y privado (en relación a obligaciones y sanciones), para solucionar o responder a las situaciones que se producían en la aplicación de la contratación por servicios no personales. Cabe anotar que las normas de presupuesto que se remitían a este tipo de contratos, que implícitamente tenían un status jurídico de naturaleza laboral aplicado al sector público, que en un momento llegó a

contratar un aproximado de 70,000 personas bajo este régimen, que por cierto tampoco les reconocía derechos laborales, beneficios sociales, seguridad social ni previsional. Este tipo de contratación prevista por ley presupuestaria, era aplicado indistintamente por el Poder Ejecutivo y extendido a varias entidades e instituciones del sector público. Por la masificación de la contratación, el ente a cargo del Sistema de Presupuesto del país, llegó a señalar que las denominaciones de locación de servicios, servicios no personales y consultoría, por los que se contrataba los servicios de personas naturales, se caracterizan por la prestación de servicio temporal sin vínculo laboral y para desarrollo de funciones conforme a los reglamentos internos institucionales y formando el cuadro de asignación de personal. Básicamente era un sistema de contratación formal, sin reglas propias, pero exigía para sustentar el pago la existencia de un contrato suscrito por ambas partes, renovado según las normas presupuestarias.

El contrato de servicios no personales también encubría relaciones laborales generando al igual que la locación de servicios la judicialización de los casos que concluían con el amparo de los derechos de los trabajadores; las demandas judiciales por desnaturalización de contrato se sustentaban en la aplicación del principio de primacía de la realidad, pues no importa el nombre que se le dé al contrato, ni los términos del documento suscrito, sino la realidad de los hechos, como es la prestación de servicios bajo relación de subordinación, dependencia y pago de remuneración periódica. Los jueces reconocían a los demandantes su calidad de trabajadores con contrato de trabajo a plazo indeterminado con todos los beneficios y derechos que la ley concede al régimen privado del Decreto Legislativo N° 728; en otros casos los demandantes además de ser reconocidos como trabajadores, obtener estabilidad y reconocimiento de derechos y beneficios sociales, como pago de sumas de dineros por adeudos laborales, accedían de esta forma al régimen público del Decreto Legislativo N° 276.

Convirtiéndose en una forma de acceder a la carrera pública que ha sido objeto de cuestionamientos, sin embargo debe tenerse presente que ello no se venía produciendo por culpa de los trabajadores, sino por la falta de diligencia del empleador, en este caso el Estado, de solucionar el problema de contrataciones de servicios que habían superado el carácter de temporalidad y que realmente no eran otra cosa que contrataciones laborales.

Por otro aspecto el Estado no es eficiente en los procedimientos de selección y admisión de los recursos humanos, hoy llamados con propiedad gestión de talentos; considerando que el problema de ingreso de personal al servicio público, supera este tema de acceso por contratos temporales residiendo en la falta de transparencia, rectitud y diligencia en los procedimientos administrativos de convocatoria, concurso y selección, que también se exige para las contrataciones temporales e incluso en ocasiones más rigurosos en la exigencia de requisitos para el nombramiento del servidor de carrera-. La situación existente así como las consecuencias jurídicas, por la irregular contratación de personal en el sistema de servicios no personales por entidades públicas, se pretendió solucionar con la creación de un nuevo sistema de contratación exclusivo para el sector público, al que se le puso el nombre de contrato administrativo de servicios.

2.1.17. El contrato administrativo de servicios: régimen laboral especial, privativo y marginal.

Este tipo de contrato ha suscitado controversias en su implementación, además de haber motivado un gran cantidad de demandas judiciales por desnaturalización que en inicio eran amparadas mayoritariamente con inaplicación de la norma en ejercicio del control difuso, y que inclusive ha provocado hasta la fecha la interposición de dos demandas de inconstitucionalidad, que si bien una fue declarada infundada y otra improcedente, en la primera de ellas STC N° 00002-2010-AI/TC el Tribunal Constitucional reconoció que la norma establecía propiamente un contrato de trabajo, al cual debía incorporarse el reconocimiento de algunos derechos laborales, sentencia que también es objeto de análisis en esta investigación.

a. Origen Legal

El contrato administrativo de servicios tiene por antecedente la Ley de Contrataciones del Estado Decreto Legislativo N° 1017 que regula los contratos de bienes y servicios a favor del Estado; en este marco legal se dictó el Decreto Legislativo N° 1057 creando lo que ahora conocemos como el contrato administrativo de servicios, denominación legal que no era coherente con el régimen contractual de trabajo que incorporaba a un sistema de contrataciones administrativas estrictamente para abastecer al Estado de bienes y servicios.

Las normas se dictaron en razón de la delegación de facultades legislativas a favor del Poder Ejecutivo para efectos del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

Mediante el Decreto Legislativo N° 1017 de fecha cuatro de junio del año 2008 se aprueba la Ley de Contrataciones del Estado; norma que se sustenta en la Ley N° 29157 que delega facultades al Poder Ejecutivo para legislar por un plazo de 180 días calendario “sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial del Perú – Estados Unidos y con el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento; entre las que se encuentran la mejora del marco regulatorio, la simplificación administrativa y la modernización del Estado”. Es importante resaltar que la delegación de facultades legislativas conferidas al Poder Ejecutivo por el Congreso de la República estaba orientadas a la emisión de normas en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, para mejorar el marco legal, simplificación administrativa y modernización del Estado.

Siendo así que el artículo primero del Decreto Legislativo N° 1017 establece disposiciones y lineamientos a observar por las Entidades del Sector Público “en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se deriven de los mismos”. El objeto de la norma era establecer normas orientadas a “maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4° de la presente norma”; principios que regulan todo proceso de contratación pública, como moralidad, libre concurrencia y competencia de postores, imparcialidad en los acuerdos y resoluciones en las contrataciones con criterios técnicos y objetivos en el tratamiento de postores y contratistas, razonabilidad, eficiencia, publicidad, transparencia, economía, vigencia tecnológica, trato justo e igualitario, equidad, sostenibilidad ambiental, asimismo se contempla el principio de promoción del desarrollo humano en el sentido que la contratación pública debe coadyuvar el desarrollo humano en el ámbito nacional de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.

El artículo 3.3 de la norma, prescribe la inaplicación de la misma para la contratación de trabajadores, empleados, servidores, funcionarios públicos sujetos a los regímenes de la carrera administrativa o laboral de la actividad privada; tampoco es de aplicación a los contratos de locación de servicios o de servicios no personales que celebren las entidades con personas naturales. Constituyendo una norma que regula las contrataciones y adquisiciones del Estado, con ámbito de aplicación a las contrataciones de bienes, servicios, obras brindadas por terceros y cuya contraprestación sea pagada con fondos públicos (artículo 1° del Reglamento de la Ley). No era una norma destinada a regular la contratación de personal con relación laboral bajo dependencia y subordinación; la ley fue dictada en el marco del tratado de libre comercio con la finalidad de mejorar la gestión pública en tema de contrataciones del Estado, las que originaron los denominados con propiedad “Contratos Administrativos de Servicios”.

Las normas que regulan este tipo de contrataciones del Estado tienen como premisa mayor el artículo 76 de la Constitución Política, que fue materia de interpretación en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 020-2003- AI/TC que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad e ineficacia de la Ley N° 27635 al considerar que no podía ensayar una interpretación que permita adecuar la norma al sistema constitucional, a consecuencia de las evidencias de posibilidad de distorsión en la consecución de los objetivos de transparencia, imparcialidad y trato justo e igualitario que fundamentan toda adquisición pública. En la sentencia citada el Tribunal tiene expresado que “La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones” (fundamento 11°); anota que la función constitucional de la norma es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos, contando con un procedimiento “peculiar” orientado a la transparencia en las operaciones, imparcialidad, libre competencia y trato justo e igualitario a los potenciales proveedores, con el objetivo de asegurar la obtención oportuna y eficiente de bienes, servicios u obras, con la mejor oferta económica y técnica. Definitivamente este sistema de contrataciones y adquisiciones

del Estado no está previsto para la contratación de personas que presten servicios laborales de carácter permanente y personal, asimismo el Decreto Legislativo N° 1057 que regula el contrato administrativo de servicios no se encuentra dentro del ámbito del artículo 76 de la Constitución Política.

La **Ley del Contrato Administrativo de Servicios** con fecha 27 de junio del 2008 el Poder Ejecutivo dicta el Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación, para lo cual utiliza las facultades delegadas mediante la Ley 29157 para legislar en el marco del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, orientada al fortalecimiento institucional y modernización del Estado. El artículo primero de la norma establecía como finalidad regular el régimen especial de contratación administrativa de servicios, con objeto de garantizar los principios de mérito, capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública. El ámbito de aplicación de la norma previsto en el artículo 2°, se establece para toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado; el artículo 2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 prescribe que se aplica a todas las entidades de la administración pública, entendiéndose por ellas al Poder Ejecutivo, ministerios, organismos públicos, Congreso de la República, Poder Judicial, organismos constitucionalmente autónomos, gobiernos regionales y locales, universidades nacionales, demás entidades sujetas a normas comunes de derecho público. Señala que las empresas del Estado no se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de esta normatividad.

La norma define al contrato administrativo de servicios como “una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado”, regulado por la norma y no sujeta a la ley de bases de la carrera administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. Naciendo así una nueva y polémica forma de contratación de personas bajo un régimen especial para que presten servicios en el sector estatal; que supuestamente con ello se contribuiría al

fortalecimiento institucional y modernización del Estado, favoreciendo la ejecución del Tratado Internacional de Libre Comercio.

b. Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo de Servicios

El artículo primero del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, establecía originariamente que el contrato administrativo de servicios era “una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma”, que se rige por normas de derecho público, con solo los beneficios y obligaciones del Decreto legislativo antes anotado; no estando sujeto a la ley de la carrera administrativa, ni al régimen de la actividad privada ni otro régimen de carrera especial. Se quiso adaptar el contrato administrativo para la prestación de servicios “de manera no autónoma”, que en realidad era un contrato de trabajo bajo subordinación y dependencia; también cuidaban de excluirlo expresamente de los otros regímenes laborales evitando que los contratados puedan acceder a los mismos. No era en propiedad un contrato administrativo del ámbito de contrataciones y adquisiciones del Estado, pues no se tratan de servicios prestados en forma independiente por proveedores del Estado, ni de adquisición de bienes para el Estado. Era una forma de utilizar la ley para encubrir una relación de trabajo, y desconocer derechos laborales de los trabajadores, además de evitar la gran cantidad de procesos judiciales con el consecuente perjuicio económico por las demandas de desnaturalización de contrato, que se producían a consecuencia del mal uso de contrataciones en régimen a plazo fijo y locación de servicios en el sector público. En razón de la STC N° 00002-2010-AI/TC que reconoció que se trataba de un contrato de trabajo, el Poder Ejecutivo se vio forzado a modificar la norma dictando el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM de fecha 27 de julio del 2011, cambiando la naturaleza jurídica y definición legal del contrato administrativo de servicios, siendo el texto actual de la norma el siguiente: “El contrato administrativo de servicios es un régimen especial de contratación laboral que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera subordinada; rigiéndose por normas especiales y confiriendo únicamente los beneficios y las obligaciones inherentes al régimen especial”.

Evidentemente la norma regulaba no un contrato administrativo de servicios comprendido en el sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado; sino que encubría un contrato de trabajo a plazo fijo, con 48 horas a la semana de prestación de servicios, bajo relación de dependencia, subordinación, para realizar labores de carácter permanente. No cabía duda la naturaleza jurídica laboral del denominado contrato administrativo de servicios, que en propiedad es -un contrato de trabajo-, por lo que era necedad negarlo, más cuando habían sido descubiertos públicamente por el Tribunal Constitucional, que imponía la interpretación en ese sentido. La naturaleza jurídica de este tipo de contrato impropriamente denominado “contrato administrativo de servicios”, no es otra que un contrato de trabajo como también lo reconoció el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad Sentencia N° 00002-2010-AI, estableciendo en su fundamento 47 una regla interpretativa del artículo primero de la ley, en el siguiente sentido: “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 al 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”. Asimismo, de acuerdo a las características de la contratación a plazo fijo, renovable, para labores de carácter permanente, coincidimos que es un sistema de contratación laboral sujeta a régimen especial a plazo fijo. Por otro aspecto es un contrato estrictamente formal, sujeto a reglas y plazos desde la convocatoria, selección, y proclama de ganador de concurso para la celebración y suscripción del contrato que debe constar por escrito. Por lo que adicionalmente a ser un contrato de trabajo a plazo fijo, es estrictamente un contrato formal que no puede ser celebrado verbalmente.

Como se ha señalado anteriormente la contratación administrativa de servicios regulados primigeniamente por el Decreto Legislativo N° 1057 estaba previsto para los procesos y contratos del Estado para la adquisición de bienes y servicios de otra naturaleza, por lo que no resulta apropiada la denominación que se le atribuyó a este contrato laboral, sino por escrito y como resultado del cumplimiento del procedimiento previo de concurso y selección; en consecuencia no se presume la celebración y suscripción del contrato, ni es

suficiente la sola suscripción del contrato si no es el resultado de un procedimiento previo, debiendo estar acreditado mediante documentos que acrediten el concurso público, como contenga el contrato formalizado –ab solemnitate–, significando que la inobservancia de las formalidades acarrearán la nulidad del contrato.

c. Características del Contrato Administrativo de Servicios

1) Contratación

El Decreto Legislativo N° 1057 establece como requisitos para la contratación administrativa de servicios por la entidad pública, que exista requerimiento de la entidad usuaria y disponibilidad presupuestaria, y luego de ello el cumplimiento del procedimiento de concurso público.

2) Admisión

El acceso a este régimen laboral es por concurso público conforme al artículo tercero del D.S. N° 075-2008-PCM, el concurso tiene varias etapas, la preparatoria que comprende el trámite y aprobación del requerimiento de la entidad pública, la convocatoria que comprende la publicación formal incluyendo el cronograma, etapas de procedimiento de contratación, mecanismos de evaluación, los requisitos mínimos del postulante, condiciones esenciales del contrato, lugar, plazo y monto de la remuneración; la selección que comprende la evaluación “objetiva” del postulante, concluyendo con la suscripción y registro del contrato.

3) Duración del contrato.-

Es un contrato a plazo fijo o determinado, con opción de ser renovado; el artículo quinto del Reglamento establece que el contrato no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal, pero que sin embargo puede ser prorrogado o renovado a decisión y consideración de la entidad contratante y en función a sus necesidades. Respecto de la prórroga y renovación del contrato administrativo de servicios, el Reglamento también las limita en relación al año fiscal, y establece como exigencia que las mismas se formalicen por escrito antes del vencimiento del contrato o de la prórroga o renovación anterior. Establece que cuando el trabajador continúe laborando sin que se hubiere formalizado la prórroga o renovación, se entiende que el contrato se ha ampliado automáticamente por el mismo plazo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad del

funcionario que provocó la ampliación automática. Para dar término al contrato de trabajo por vencimiento del plazo, el empleador debe comunicarle por escrito sobre la no prórroga o no renovación, con anticipación de cinco días hábiles previos al vencimiento del contrato administrativo. La norma admite que se ponga fin a la relación laboral antes del vencimiento del plazo del contrato, por decisión unilateral de la entidad e incluso sin procedimiento previo; contemplando el término de la relación contractual por decisión unilateral sin mediar incumplimiento del contratado, quien solo tendrá derecho al pago de una penalidad por la resolución del contrato, equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir hasta por un máximo de dos remuneraciones, no importando si el plazo pendiente era por un periodo mayor a los dos meses. Los casos de suspensión del contrato con goce de haber y sin goce de haber son similares a los de los otros regímenes laborales, contemplando los supuestos de licencias por salud, maternidad, particular, etc.

4) Jornada Máxima Laboral.-

Este tipo de contratación tiene como jornada máxima de 48 horas de prestación de servicios a la semana, prohibiendo que se exceda el máximo; no contempla pago por horas extras, pero si la posibilidad de compensación con descanso físico por la prestación de servicios en sobretiempo.

5) Descanso físico.-

Se contempla el descanso de veinticuatro horas continuas por semana.

6) Vacaciones.-

En cuanto a las vacaciones solo se les reconoce el derecho de 15 días calendario por cada año de servicio cumplido. Tiene derecho al pago por el tiempo de vacaciones, y en el caso de cese solo tiene derecho al pago de vacaciones ganadas o trucas según el caso.

7) Atención de salud.-

Los trabajadores de este régimen constituyen afiliados regulares del régimen contributivo de Essalud, con los mismos derechos para la atención médica conforme a la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, comprendiendo también a sus derechohabientes conforme a ley.

8) Afiliación al régimen de pensiones.-

Los trabajadores tienen derecho a afiliarse al régimen de pensiones pudiendo elegir entre el régimen nacional o el sistema privado de administración de fondos de pensiones.

9) Lactancia y licencia por paternidad.-

Inicialmente las mujeres trabajadoras no tenían derecho a permiso por lactancia; en razón de las modificaciones, se incluyó el artículo 8-A en el Reglamento para reconocer su derecho a una hora diaria por lactancia conforme a lo previsto en la Ley de lactancia materna N° 27240; también se comprendió la licencia por paternidad conforme a la Ley 29409.

10) Sindicalización.-

Esta también fue una conquista en razón de la demanda de inconstitucionalidad, en que el Tribunal Constitucional dispuso que el Poder Ejecutivo dicte la norma reconociendo este y otros derechos laborales, pretendiendo así salvar la inconstitucionalidad de la norma. Reconociendo el nuevo artículo 11-A del Reglamento el derecho a formar sindicatos, a sindicalizarse a elegir, a participar en actividades sindicales.

11) Derecho de huelga.-

En igual forma este derecho fue reconocido posteriormente en razón del proceso de inconstitucionalidad, incorporando al Reglamento el artículo 11-A el derecho a huelga conforme a la Ley de Relaciones colectivas y normas complementarias.

12) Otras características.-

El artículo primero del Decreto Legislativo N° 1057, al modificar el concepto y naturaleza jurídica del Contrato Administrativo de Servicios, agregó que al trabajador sujeto al contrato administrativo de servicios, le es aplicable la ley N° 28175, la Ley Marco del Empleo Público N° 25815, el Código de Ética de la Función Pública, Ley del Servicio Civil, los topes de ingresos mensuales, responsabilidad administrativa funcional, principios, deberes obligaciones, incompatibilidades, prohibiciones, infracciones y sanciones aplicables al servicio, función o cargo para el que fue contratado; y se sujeta a las estipulaciones del contrato y normas internas de la entidad empleadora.

2.1.18. Régimen laboral especial, discriminatorio y marginal.

a) Régimen laboral especial

Conforme a las características y regulación, el contrato administrativo de servicios -más conocido como “CAS” aunque algunos lo denominan “RECAS” en referencia a Régimen de Contratación Administrativa de Servicio, constituye un contrato de trabajo de un régimen laboral especial, a plazo fijo, estrictamente formal y exclusivo del sector público. Empero ello no es todo, pues este tipo de contratación especial y su implementación no encuentra justificación legal ni práctica, ha provocado muchas situaciones de injusticia, trato desigual y discriminación, considerando que no solo es un tema de aplicación legal, sino de afectación de derechos constitucionales, vulneración de principios y derechos fundamentales, lo que ha motivado esta investigación. Inecesaria incorporación de un régimen especial Resulta irregular que en el sector público existan trabajadores de más de un régimen laboral, pues el único régimen laboral legal propio del sector público regulado en el Decreto Legislativo N° 276 en concordancia con el artículo 40 de la Constitución Política referido al ingreso a la carrera pública (la norma constitucional solo excluye de la carrera a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta).

El decreto legislativo N° 276 como lo hemos precisado anteriormente, es el régimen legal exclusivo para los trabajadores del Estado, norma denominada Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; norma sui generis destinada a regular el ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, entendiendo por servidores públicos a los carrera y a los contratados temporalmente. El decreto legislativo N° 728 regula el régimen propio del sector privado, destinado exclusivamente para el sector privado, para las empresas y empleadores particulares. La incorporación de esta norma para ser aplicada a un grupo de trabajadores que tienen por empleador al Estado no es regular, y se ha debido a decisiones políticas del momento mas no ha consideraciones como criterios técnicos. Por lo que auténticamente la única norma laboral estrictamente prevista para los trabajadores que realizan labores en el sector público y que tienen como único empleador el Estado, es el Decreto Legislativo N° 276. Por lo que la creación e inclusión de un tercer régimen laboral en el sector público

lejos de solucionar el problema creado con la incorporación de una norma de naturaleza laboral privativa, lo complica más, con el perjuicio para los trabajadores que laboran en el sector estatal en diferentes regímenes laborales que no tienen relación con las calificaciones laborales, ni tareas ni niveles; régimen que contradicen a la norma constitucional antes citada.

b) Régimen discriminatorio y marginal

El 10 de agosto del año 1970 el Estado Peruano ratificó el Convenio N° 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT. El convenio tenía como consideraciones que todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tiene derecho a perseguir su bienestar material y desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, seguridad económica e igualdad de oportunidades; considera que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En el artículo 1.b del Convenio N° 111 precisa, que se entiende por discriminación “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación (...)”. Cabe resaltar que de conformidad al artículo 2 del convenio, todo Estado miembro “se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”. Asimismo el artículo 3.b establece la obligación de los Estados Miembro de promulgar leyes que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política; y en el artículo 3.c de derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política.

El Convenio número 122 de la OIT Sobre Política de Empleo adoptado el 9 de julio de 1964 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su cuadragésima octava reunión, proclama que “de acuerdo con la Declaración de Filadelfia incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar los efectos de las políticas económicas y financieras sobre la política del empleo, teniendo en cuenta el objetivo fundamental de que " todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo,

tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Considera que la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. Condiciones de equidad, dignidad, bienestar que no se cumple con el decreto legislativo N° 1057, norma que fomenta la desigualdad, discriminación y arbitrariedad; constituyendo una norma inconstitucional por infracción a los derechos fundamentales de las personas humanas que trabajan bajo ese régimen, al derecho a la igualdad y no discriminación, a la protección contra la arbitrariedad. El Estado Peruano ha promulgado una norma creando un régimen especial de contratación laboral que no respeta los derechos fundamentales ni los parámetros de no discriminación laboral del empleado CAS.

El diferente tratamiento legal, la desigualdad en los derechos, beneficios sociales y en la protección contra el despido arbitrario, no son otra cosa que discriminación, como lo tiene señalado la Organización Internacional del Trabajo, al definir en qué consiste la discriminación en el empleo y la ocupación: “La discriminación en el empleo y la ocupación ocurre cuando un candidato recibe un trato diferente, o menos favorable, debido a características no relacionadas con sus méritos o los requisitos inherentes al puesto”, señala este organismo internacional que la discriminación puede ocurrir en diversas situaciones y áreas relacionadas al trabajo, entre otras, en el acceso al empleos, así como puede producirse respecto de los términos y condiciones del empleo, como contratación, remuneración, horario de trabajo, descanso, vacaciones pagadas, terminación de la relación laboral. Supuestos de discriminación en que se enmarca el contrato administrativo de servicios. La discriminación laboral es una de las forma más graves de afectación de los derechos fundamentales de la persona humana, señala la OIT: “Quienes padecen la discriminación en el trabajo se ven privados de oportunidades y sufren la violación de sus derechos fundamentales. Ello afecta a la persona en cuestión, además incide negativamente sobre la aportación que podría hacer a la sociedad”. El centro de trabajo es uno de los ambientes en que las personas pasan y dedican mayor tiempo en relación con sus otras actividades, se convive y comparte experiencias con otras personas, se aprende

conocimientos y viven experiencias, señalando con acierto la OIT que “El lugar de trabajo es un punto estratégico para liberar a la sociedad de la discriminación. Combatirla en ese entorno permite reducir las desventajas resultantes de la desigualdad que puede haber afectado a las personas en una etapa anterior de su vida”.

Un trabajador del régimen CAS está sometido a todas las obligaciones, deberes, responsabilidades, prohibiciones, incompatibilidades, infracciones y sanciones que un trabajador del régimen 728 o del régimen 276; incluso teniendo el mismo cargo, las mismas funciones, realizando el mismo horario de trabajo, no reciben igual remuneración ni los mismos beneficios laborales. Ciertamente, que nuestro ordenamiento jurídico admite diferentes regímenes laborales, y que en el sector público coexisten más de un régimen laboral, pero como se tiene señalado, ello es irregular; por otro aspecto en este tema laboral debe propiciarse la unificación y no a la mayor diferenciación que provoca la creación de un régimen adicional y con tratamiento desigual; el objetivo debe más bien encaminarse a buscar un trato igualitario no mayores diferencias y discriminaciones. Al emitir el Decreto Legislativo N° 1057 no se ha tenido presente “Los diez Principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas” que contiene principios laborales que alcanzan no solo a las empresas sino a los Estados cuando actúan como empleadores, prescribiendo el principio sexto la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. El Pacto fue elaborado por representantes de los gobiernos, empleadores y trabajadores, constituyendo en la historia del Derecho al Trabajo y en las conquistas laborales “el instrumento más exhaustivo para la promoción de la dimensión laboral”, no solo incluye el rechazo a la discriminación, también se dirige a políticas generales, promoción y seguridad del empleo, igualdad de oportunidades y de trato, salarios, y relaciones laborales. Desigualdad en los derechos reconocidos Debemos partir del derecho fundamental a la igualdad, teniendo establecido la Constitución Política de 1993 en el inciso 2 del artículo segundo 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”. El derecho a la igualdad también se proyecta al ámbito laboral conforme al inciso primero del artículo 26 de la Constitución que establece en la relación laboral el respeto al principio de “Igualdad de oportunidades sin discriminación”. No obstante, los trabajadores

sometidos al contrato administrativo de servicios no gozan de los mismos derechos que los trabajadores del régimen del Decreto Legislativo N° 276, ni de aquellos que se encuentran en el régimen del Decreto Legislativo N° 728, y no es un tema que se trate solo de regímenes legales laborales diferentes que conviven dentro del sector público, sino de diferenciaciones en el disfrute y protección de derechos fundamentales y laborales en perjuicio de los que están en el régimen CAS.

Aún con las modificaciones incorporadas a raíz de la STC N° 00002-2010- AI-TC, y que han sido materializadas con el Decreto Supremo N° 065-2011- PCM, el tratamiento del personal CAS es desigual, discriminatorio y marginal. Este sistema contractual laboral bajo el pretexto que es un régimen especial sometido a reglas especiales, en principio negó muchos derechos laborales a los trabajadores, pero que debido a la demanda de inconstitucionalidad y la sentencia del Tribunal Constitucional, se tuvo que incorporar modificaciones a la ley para reconocer que era un contrato laboral, reconocer el derecho a la sindicalización, derecho a huelga; el permiso por lactancia materna, la licencia por paternidad; derechos laborales previstos en normas legales específicas de las que eran excluidos los trabajadores con contrato administrativo de servicios. Empero aún subsisten discriminación en el reconocimiento y disfrute de otros derechos que gozan de protección en normas laborales y constitucionales; como sucede con los derechos de naturaleza laboral que desarrollamos a continuación.

Un trabajador CAS puede laborar por años para una institución pública al igual que otros trabajadores a plazo fijo, pero este nunca adquirirá la estabilidad laboral ni accederá a un régimen a plazo indeterminado. En el caso del contratado a plazo fijo del régimen del D. Leg. 276, a los tres años tiene derecho a ser evaluado para pasar a la carrera administrativa y como tal a plazo indeterminado. Teniendo señalado el artículo 15 que “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”. El Decreto Supremo N° 005-90-PCM, tenía previsto en el artículo 40.- El servidor contratado a que se refiere el artículo

puede ser incorporado a la Carrera Administrativa mediante nombramiento, por el primer nivel del grupo ocupacional para el cual concursó, en caso de existir plaza vacante y de contar con evaluación favorable sobre su desempeño laboral, después del primer año de servicios ininterrumpidos.

Normas que brindan estabilidad laboral al servidor público contratado, para ser incorporado a la carrera pública, en consonancia con el principio de continuidad en la relación laboral. El contratado a plazo fijo del régimen 728 le basta laborar un solo día sin contrato (cuyo plazo supera el periodo de prueba), para que este se desnaturalice y el trabajador pase a plazo indeterminado; pues como se tiene dicho, este régimen también tiene por regla general la contratación a plazo indeterminado, adoptando el principio de continuidad antes referido. Las excepciones constituidas por la contratación a plazo fijo y modales, son el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, estable en el artículo 40.- El servidor contratado a que se refiere el artículo puede ser incorporado a la Carrera Administrativa mediante nombramiento, por el primer nivel del grupo ocupacional para el cual concursó, en caso de existir plaza vacante y de contar con evaluación favorable sobre su desempeño laboral, después del primer año de servicios ininterrumpidos. Estrictamente formales, por lo que la falta de contrato conlleva a la incorporación del trabajador a la regla general preservando el tracto sucesivo en la prestación del servicio. Los procesos judiciales dan cuenta de la situación actual de los trabajadores que pasaron del contrato de locación de servicios al CAS, que pese a los varios años de servicios, no gozan de estabilidad laboral. En la STC N° 03818-2009-PA/TC de fecha 12 de octubre del 2010, en la demanda formulada por un trabajador de COFOPRI solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario, habiendo laborado bajo contratos de locación de servicios, pero realizando labores de carácter permanente, bajo subordinación y dependencia, con más de nueve años de servicios para la entidad administrativa; el Tribunal Constitucional se sustentó en la STC N° 00002-2010-AI/TC para declarar infundada la demanda, señalando que el CAS es un contrato de trabajo de reglas especiales, a plazo determinado, que el régimen encuentra una protección adecuada contra el despido arbitrario con el pago de una penalidad equivalente de dos remuneraciones como máximo; el Tribunal no les reconoce derecho a la reposición vía amparo brindándole un tratamiento diferente a la del trabajador contratado a plazo fijo

en el régimen 728 cuyas demandas sin son protegidas en la vía constitucional del amparo. El Tribunal indica que al haber suscrito el trabajador un contrato CAS se produjo una novación (fundamento sexto) por lo que las contrataciones anteriores solo le dan derecho al reconocimiento de beneficios sociales, mas no a la reposición laboral; quedando el demandante desamparado ante el despido arbitrario. En otro caso, la STC N° 00604-2011-AA de una trabajadora de la Secretaria Nacional de Adopciones – Ministerio de la Mujer, que estuvo contratada por locación de servicios y posteriormente por contratos administrativos de servicios, el Tribunal también declaró infundada la demanda, siendo más directo al “señalar que con los contratos administrativos de servicios (...), queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a 96 lazo determinado, que culminó al vencer el plazo establecido en su último contrato administrativo de servicios. Por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral de la demandante se produjo en forma automática, conforme lo señala el literal h) del numeral 13.1 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. Siendo ello así, la extinción de la relación laboral de la demandante no afecta derecho constitucional alguno, por lo que no cabe estimar la demanda” (fundamento cuarto). El voto singular expresa que las limitaciones o intervenciones en determinados derechos laborales por parte del CAS resultan justificadas por las razones expresadas en la STC N° 00002-

21010-PI/TC, que “ello sólo resulta legítimo en el contexto actual de tránsito hacia mejores condiciones laborales, pero si dichos limites se mantienen indefinidamente resulta claro que se estarían convirtiendo en discriminatorias”. En uno y otro caso discrepamos que se pueda admitir una situación de evidente y manifiesta discriminación, y más aun existiendo la obligación de optimización de los derechos fundamentales laborales, no se debió permitir una norma que signifique un retroceso en la protección de los derechos laborales, como es el derecho a la estabilidad laboral, en comparación a los regímenes válidos y legales que coexistían en el sector público, vale decir el Decretos Leg. 276 y el 728, el otro tipo de contratación, como lo ha admitido el Tribunal, era un fraude a la ley, y no se puede comparar ni establecer progresividad en relación con un fraude a la ley.

El trabajador contratado a plazo fijo del sector público tiene sus propias normas que pese a no ser de la carrera pública, lo protegen contra el despido arbitrario; como es el

caso del Decreto Ley N° 24041, norma que establece en forma imperativa: “Artículo 1.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley”; es manifiesto que el trabajador contratado para laborar en el sector público que tenga más de un año de servicios, no puede ser despedido por decisión unilateral del funcionario público a cargo; independientemente del régimen laboral, la norma exige para el cese causas justificadas y sujeción al procedimiento previsto en la ley. Norma de cuya protección gozan indistintamente el personal del régimen 728 y 276, a diferencia del personal CAS en cuyo régimen legal del Decreto Legislativo 1057 se permite el despido injustificado, señala la norma: por decisión unilateral y sin mediar causa justificada, con el cual se da término a la relación laboral sin que el trabajador goce de la protección de la ley, y aún en contravención a la norma constitucional (artículo 27 ordena que la ley debe otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario).

El trabajador CAS ha sido excluido de esas consideraciones y protección contra el despido, al someterlo a reglas especiales que no le conceden protección contra el despido unilateral y arbitrario; el empleador (entidad contratante) formalmente solo podría despedir al trabajador CAS por causa justificada sustentada en el incumplimiento de las obligaciones (artículo 13.1.f), también señala la norma que debería notificarle el incumplimiento en un término previo de cinco días para su descargo, sin embargo se permite que el trabajador sea despedido aún sin cumplir el procedimiento previo y aún no mediare incumplimiento del trabajador. Luis Castillo Córdova señala que el contenido esencial del derecho al trabajo tiene un componente doble, por un lado el derecho de acceso y por otro el derecho de permanencia asegurando el mantenimiento del empleo de los que ya lo posean; indica el autor que para determinar el contenido jurídico del derecho al trabajo, se debe tomar en consideración la norma constitucional (artículo 27) que establece “la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”, y la segunda norma constitucional en la Cuarta Disposición Final y Transitoria que ordena que las normas relativa a derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal

de los Derechos Humanos, tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú; siendo uno de los tratados el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que reconoce la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias, profesión y causa justa de separación, que en caso de despido injustificado el trabajador tendrá derecho a una indemnización o readmisión en el empleo.

El caso del decreto legislativo materia de análisis, no cumple con la protección y reconocimiento del derecho a la estabilidad de los trabajadores en sus puestos de trabajos; tampoco brinda una adecuada protección al trabajador frente al despido arbitrario o injustificado; la norma establece en caso de despido unilateral e injustificado el derecho del trabajador al pago de la penalidad de dos meses de remuneración en el supuesto de que el plazo del contrato sea por plazo mayor (artículo 13.2 y 13.3 del Reglamento del CAS). Ese pago de penalidad no tiene en realidad carácter indemnizatorio, sino que al igual de los contratos de locación de servicios, es el pago de las remuneraciones que el prestador del servicio deja de percibir ante la interrupción unilateral del contrato, teniendo mayor ventaja en la locación de servicios pues este recibirá el abono de todas las remuneraciones pendientes de acuerdo a la fecha de vencimiento del contrato, mientras que el trabajador CAS solo tiene derecho al pago de un máximo de dos remuneraciones sin importar que el plazo aun no cumplido sea por tiempo mayor. Tratándose de la ejecución de una penalidad contractual por incumplimiento del contrato, más no tiene carácter ni naturaleza indemnizatoria. En el caso que no hubiere pendiente plazo mayor, sino únicamente vencimiento del plazo, el personal CAS no recibe ningún pago ni indemnización por el despido. Por lo que el personal de este régimen no cuenta con una adecuada protección cuando se vulnera el contenido esencial del derecho al trabajo en su dimensión prestacional de permanencia del trabajador. Cabe traer a colación, que el Tribunal Constitucional ampara de mejor forma el derecho a la permanencia, continuidad, estabilidad del trabajador del régimen privado del D. Leg. N° 728, a quien le reconoce la protección contra el despido arbitrario en la vía de proceso de amparo dejándole al arbitrio de éste, si cobra la indemnización o reclama la reposición laboral; yendo más allá de la protección prevista en

la ley, y del mínimo exigido en los tratados internacionales. Circunstancia anotada también por Castillo Córdova cuando desarrolla el derecho fundamental al trabajo, y por Jorge Toyama en su libro “Derechos laborales ante Empleadores Ideológicos”, quienes cuestionan la postura del Supremo Interprete Constitucional en relación al artículo 27 con los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional de la Convención Americana, que delegan la posibilidad a cada país para regular la protección legal contra el despido arbitrario, y que el legislador nacional habría optado por la indemnización a favor del trabajador despedido; que pese a ello el Tribunal Constitucional ha brindado un contenido único al despido incausado con la reposición al centro de trabajo. Contenido que ahora desconoce en el caso del empleado público del régimen del CAS, no lo protege contra el despido arbitrario, quien no goza de ninguna de las medidas de protección (indemnización o reposición), y más aun contractualmente frente a la locación de servicios la desventaja es mayor porque tampoco tendrá el derecho al abono de todas las remuneraciones comprometidas y dejadas de percibir.

La falta de protección contra el despido arbitrario nos lleva a un tema de permisividad de la arbitrariedad y abuso del poder que se encuentra proscrito en todas sus formas, modos y expresiones en un Estado de Democrático y Derecho Constitucional. En ninguna forma se admite la arbitrariedad de conformidad a nuestro Estado Constitucional, sin embargo ello resulta lírico cuando se legisla por razones e intereses diferentes a la protección de los derechos de las personas humanas y en este caso del trabajador. Como está sucediendo en muchas entidades del Estado, en que el funcionario de turno aprovecha de esta vía legal para despedir al personal que le incomoda, otras veces por motivos subjetivos o simplemente liberar plazas para ingresar simpatizantes o aliados de su gestión política; con el agravio a los servidores públicos que de la noche a la mañana se quedan sin trabajo perdiendo la fuente de su remuneración que le sirve a su subsistencia personal y familiar, y frustra su realización personal y bienestar; se afecta su derecho a la dignidad.

Luz Pacheco Zerga expresa que en la extensión del respeto de la dignidad humana a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el Derecho al trabajo no se ha quedado al margen, expresa que “El ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral, manifestación indispensable del respeto a su dignidad, es hoy en día una cuestión central en

el Derecho del Trabajo” (PACHECO ZERGA, 2007). Como indica la autora y lo reconoce la Sociología “el Derecho esencialmente es una forma de coexistencia entre los seres humanos que sustituye la violencia por el mutuo reconocimiento. Este reconocimiento del otro como un igual es fundamental en el ámbito jurídico, que adquiere su principal expresión en el deber de actuar de buena fe (...) y en el principio de no discriminación”, expresa la autora que “La ejecución de cualquier contrato y en particular el de contrato de trabajo, exige una actitud de dialogo, de armonización de intereses, que solo será viable en la medida en que se actué con veracidad y lealtad, respetando al otro como su fuera otro yo”.

El artículo sétimo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajos equitativos y satisfactorios que le aseguren especialmente un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie. Este principio laboral y derecho reconocido en el Pacto Internacional, no se cumple con el personal CAS que realiza la misma labor, las mismas funciones, cumple el mismo horario, está sometido a las mismas exigencias y responsabilidades que el personal de los D. Leg. 276 y 728, sin embargo no percibe la misma remuneración, siendo considerado como un personal de segunda categoría.

Las diferencias remunerativas de los trabajadores no obedecen a criterios objetivos, y solo responden a las regulaciones normativas dependiendo del tipo de régimen, al que ahora ha sido agregado el CAS con menos derechos, ocasionando que en la práctica el personal realice igual labor pero diferente remuneración. Reiteramos que no puede encontrarse justificación para un tratamiento diferente en la pre existencia irregular aplicación del sistema laboral privativo al sector público, cuando ello no obedeció a consideraciones técnicas en armonía con derechos y principios laborales y administrativos, sino a cuestiones políticas y necesidades del momento. La diferencia remunerativa también constituye una discriminación y provoca tensiones laborales y sociales, como explica la OIT en referencia a la empresa pero aplicable a las entidades administrativas empleadoras: “Una empresa que aplica prácticas discriminadoras en el empleo y la ocupación está privándose del talento implícito en un conjunto más amplio de calificaciones y competencias. El dolor y el resentimiento generados por la discriminación afectan el

desempeño de individuos y equipos en la empresa”, agrega que las prácticas discriminatorias provocan la pérdida de oportunidades, la competitividad de la economía nacional y mundial.

Ciertamente que se trata en propiedad de un contrato de trabajo regulado para ser aplicado a las entidades del sector público, sin embargo discrepamos que la ley y el reglamento que lo regula sea compatible con el 102 arco constitucional, pues aún con las modificaciones que luego se introdujeron a la ley, por Decreto Supremo N° 065-2011-TR con la finalidad de reconocer otros derechos laborales, sin embargo subsisten diferencias, discriminación y el problema de inconstitucionalidad de la norma. Como ya lo hemos mencionado, si se incorpora un nuevo régimen laboral en el sector público donde ya conviven dos regímenes diferentes como el D. Leg. 276 y el D. Leg. 728, debe buscarse que el nuevo régimen sea más favorable, y no al contrario como ha sucedido. La ley en cuestión contraviene el principio de dignidad, al establecer un tratamiento discriminatorio y marginal, no cumple con el deber del Estado de mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo previsto en el artículo 7° de la Convenio 169 de la OIT, las que deben ser prioritarias en los planes de desarrollo económico global del Estado Peruano, y aun frente al Tratado de Libre Comercio y mejoramiento de la gestión pública. En el Perú tampoco ha cumplido lo previsto en el artículo 20 del citado Convenio, de adoptar en la legislación nacional medidas especiales para garantizar a los trabajadores una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo “en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general”; asimismo se incumple el principio de remuneración igual por trabajo de igual valor.

2.1.19. Análisis y crítica de los fundamentos de la sentencia del tribunal constitucional - expediente n° 0002-2010-AI/TC.

Con fecha 7 de setiembre del 2010 en el Expediente N° 0002-2010-AI/TC el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional emite la sentencia que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057. En el presente año con fecha 18 de abril del 2011 el

Tribunal Constitucional ha emitido una segunda sentencia en el Expediente N° 00010-2011-PI/TC declarando improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 7,393 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057, también declaró infundada la demanda respecto de la Ley 29157 y Decretos legislativos N° 1023, 10124, 1025 y 1026. La segunda sentencia se remite a los fundamentos de la primera con la novedad del voto singular que merece comentario aparte, por lo que analizaré la primera sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057, la que ha marcado un cambio en la interpretación, regulación y derechos del Contrato Administrativo de Servicios, sin embargo no podemos afirmar que este cambio sea satisfactorio, cuando persiste la situación de inconstitucionalidad de la norma.

El voto singular señala en el fundamento 15° que el costo económico “sin embargo, pudiera pensarse un motivo injustificado de limitación de derechos”. Considera que los derechos sociales como el derecho de los trabajadores del sector estatal se hallan sujetos a la capacidad presupuestal para atender las necesidades, pero que este costo no es un límite absoluto, al estar obligado el Estado a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que se disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, conforme al art. 2.1 PIDESC.

Los sustentos primordiales de la demanda de inconstitucionalidad residen en que el Decreto Legislativo N° 1057 vulnera los artículos de la Constitución: 2.2 derecho de igualdad ante la ley; 104 delegación de facultades; 25 jornada ordinaria de trabajo; 23 tercer y cuarto párrafo, el Estado y el Trabajo; 24 derechos laborales del trabajador; 26.1 principio de igualdad de oportunidades sin discriminación; 27 protección del trabajador frente al despido arbitrario; 42 derecho de sindicación de los trabajadores públicos, y 103 cuarto párrafo acerca de la prohibición de abuso del derecho.

La demanda de inconstitucionalidad fue declarada infundada, pese a que el Tribunal reconoció que se encontraba ante una relación de trabajo y que la norma legal omitía derechos laborales protegidos por normas constitucionales.

2.1.20. Inconstitucionalidad formal del Decreto Legislativo 1057.

El Tribunal Constitucional considera que la norma legal se ha expedido dentro de las facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo por Ley N° 29157 de fecha 20 de

diciembre del 2007 para legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial del Perú - Estados Unidos, esto es el Tratado de Libre Comercio. Señala el Tribunal que dentro del compromiso del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y de su protocolo de enmienda se prevé las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento; y la facultad legislativa delegada comprende las materias vinculadas a la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa y modernización del Estado. Considera que esta última norma hace referencia genérica a la modernización del Estado, siendo una materia más amplia, lo que está referida a aspectos de gestión, que abarca conceptos como falta de transparencia, exceso de trámites burocráticos, desorganización existente dentro de las instituciones públicas para el cumplimiento de fines y metas, etc. (fundamento 5 y 6). Por lo que atiende que un componente importante para la modernización resulta el funcionamiento del aparato burocrático del Estado, donde coexistían dos regímenes laborales de naturaleza pública y privada, agregada la facultad del Estado de suscribir contratos de naturaleza civil (contratos de servicios no personales), en que el contratado carecía de cualquier derecho laboral a pesar de realizar labores de naturaleza permanente que llevaba a la desnaturalización del contrato. Considera que delegación no debe tenerse en sentido limitado, y que el Estado se ha comprometido a proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores, fortalecer su cooperación en materia laboral y desarrollar sus respectivos compromisos internacionales en materia laboral; siendo esos sus fundamentos para considerar que no existe inconstitucionalidad formal del contrato administrativo de servicios. Anecdóticamente en la parte final del fundamento noveno incurre en error material al consignar que el decreto legislativo N° 1070 está dentro del marco de la legislación delegada, siendo la norma materia de análisis el Decreto Legislativo N° 1057.

Luz Pacheco Zerga señala que ya hace mucho tiempo que la doctrina ha manifestado que los límites del empleador quien quiera que fuera (público o privado), en su poder de dirección es la consideración debida a la dignidad del trabajador; indica la autora que las acciones y funciones frente al trabajador no pueden ser tomadas como si fuera una pieza del proceso de producción, pudiendo afirmar nosotros que tampoco es una pieza,

recurso o elemento del proceso de gestión ni modernización del Estado. El trabajador es un ser humano, libre con fines propios, con derecho a reconocimiento, con derechos fundamentales; por lo que toda decisión del Estado frente al trabajador debe ser tomada cuidando de no lesionar los derechos de la persona, aun por loable y justificada que sea la necesidad de ordenar el aparato estatal, modernizar y lograr su funcionabilidad. Expresa José Saramango: “Ninguna empresa del mundo puede estar por encima de las personas que trabajan en ella. Es utópico, es idealista, pero es la única manera humana de ver las cosas. La gente no puede ser tratada como los residuos de fabricación y tirada fuera como ellos.”

2.1.20.1. *Naturaleza del contrato administrativo de servicios.*

La sentencia en el fundamento 18° indica que en el decreto legislativo se encuentran disposiciones que hacen dudar que sea un contrato administrativo, más allá que se le hubiere dado esa denominación; pues se trata de una ley que regula la prestación de servicios, garantiza los principios de mérito, capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo en la administración pública; fija como parte del contrato administrativo la prestación de servicios a la semana por un máximo de cuarenta ocho horas, veinticuatro horas continuas de descanso por semana, quince días calendario continuos de descanso al año cumplido; afiliación al régimen contributivo de Essalud. Concluyendo en el fundamento 19° “que el contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo”, añade que la denominación brindada por el legislador a la norma cuestionada resulta imprecisa “dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula”. Empero, en el fundamento 31° concluye luego de analizar la existencias de otros regímenes laborales y el acceso a la carrera pública, que este contrato se regula por sus propias reglas de contratación “por lo que se le puede considerar como un sistema de contratación laboral independiente”.

El Tribunal Constitucional señala que no es posible realizar un análisis bajo los presupuestos del principio – derecho de igualdad, dado que no se encuentran frente a regímenes o sistemas laborales que tengan la misma naturaleza o características, indica “pues el acceso a ellos, es de diferente naturaleza como se ha sido advertido precedentemente, lo que justifica un trato diferenciado, no siendo por ello necesario, para criterio de este Colegiado, que se aplique el test de igualdad”. Fundamento 33°. Sin

embargo no se ha tomado en consideración que el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) establece un tratamiento legal diferenciando y discriminador de los trabajadores en el ámbito del sector público, en relación justamente de los regímenes de los decretos legislativos 276 y 728 que se aplican en este sector, frente a los cuales el trabajador CAS no goza de derecho a estabilidad, no tiene protección frente al despido arbitrario e injustificado; está sometido a otra jornada laboral, tiene derecho a 15 días de vacaciones respecto de los demás que gozan de 30 días al año, tiene derecho solo a 24 horas de descanso semanal frente al descanso del sector público del fin de semana; no tiene derecho a la compensación por tiempo de servicios que se reconoce en los otros dos regímenes laborales, afectando su derecho a la igualdad. La norma ha ocasionado que en la misma entidad estatal coexistan no solo diferentes regímenes laborales, sino que en realidad existan trabajadores con iguales funciones, iguales responsabilidades, igual trabajo, y diferente remuneración, diferentes derechos laborales, como los indicados; por lo que el Decreto Legislativo vulnera el derecho a la igualdad, derecho a la misma jornada laboral, e iguales derechos laborales, protegidos en los artículos 2.2, de la Constitución Política. 25 jornada ordinaria de trabajo; 23 tercer y cuarto párrafo, el Estado y el Trabajo; 24 derechos laborales del trabajador; 26.1 principio de igualdad de oportunidades sin discriminación; 27 protección del trabajador frente al despido arbitrario; 108 Derecho de sindicación y huelga de los trabajadores públicos. La norma impugnada trasgredía los derechos constitucionales de sindicación y huelga, protegidos en el artículo 28 de la Constitución, lo que es anotado por el Tribunal no como una violación constitucional, sino como una “omisión constitucional”: “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” (Fundamento 42).

Disponiendo que se dicte la regulación necesaria para la protección de los indicados 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” (fundamento 43). El tema de “omisión inconstitucional” no nos queda claro, ni tampoco el tribunal se esforzó por explicarlo, así como tampoco indica porque ello no constituye en realidad una “violación constitucional”,

entendemos que de admitirlo así no cabría otro resultado que la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057.

Cabe discrepar que una relación jurídica de naturaleza laboral independientemente del nombre que se le ponga, como el denominado Contrato Administrativo de Servicios, tenga que sufrir comparación con un sistema de contratación civil, como la locación de servicios; pues este es estrictamente de naturaleza civil y para otros supuestos donde no se dan los elementos de la relación de trabajo. No admitimos que se exprese que el nuevo sistema de contratación laboral – CAS, sea mejor que la contratación civil, por cuanto no tienen vínculo de comparación como instituciones y contratos jurídicos; más aún tampoco se puede comparar un contrato supuestamente legal con “fraudes a la ley”, pues la utilización de la locación de servicios para encubrir relaciones laborales constituyen fraudes al ordenamiento jurídico. 109 n el fundamento 37° señalan que al pasar de un contrato independiente a otro en el que existe subordinación, y de uno que no reconoce derechos constitucionales de naturaleza laboral a otro que reconoce algunos de ellos “se advierte que hay una mejora o progresión en la protección de los derechos de naturaleza social”. No podemos decir que hay progresión en comparación a actos fraudulentos no permitidos por el sistema legal ni constitucional, el uso de la locación de servicios para encubrir relaciones de trabajo es ilícito y no se le puede decir a un trabajador que en razón al fraude a la ley está mejor pasando a un sistema CAS aunque este no proteja todos sus derechos laborales. Antes de la sentencia del Tribunal, los trabajadores contratados por locación de servicios tenían mejores posibilidades de lograr la protección de sus derechos constitucionales a través de los procesos judiciales, que la situación actual con el sistema CAS en que no tiene protección contra los actos arbitrarios de despido. Limitación a un porcentaje máximo de trabajadores.

En el punto quinto de la sentencia cuyo título es “Necesidad de dictar una sentencia interpretativa”, contiene el fundamento 48° en el que consigna que con relación al decreto legislativo en cuestión, que corresponde al Ministerio de Trabajo y de Promoción del Empleo dicte la regulación necesaria para que complementando dicha legislación “adopte disposiciones tales como fijación de los límites para la contratación de personal bajo esta modalidad de modo que pueda hacerlo no solo fijando porcentajes respecto del

total de trabajadores de este régimen, sino estableciendo criterios que considere razonables para tal efecto”. Fundamento que no expresa las razones por las cuales se debe fijar límites en relación a una contratación supuestamente legítima y constitucional. Sin embargo en la parte resolutive de la sentencia otorga el plazo que no exceda del 31 de diciembre del 2010 para que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dicte la legislación necesaria respecto a los “límites de contratación CAS”.

El Tribunal Constitucional sustenta que no es posible que la norma impugnada sea aplicada tal como fue promulgada, por su naturaleza distinta de la denominación que el legislador ordinario le confirió, como por su aplicación; que considerada como una norma de naturaleza laboral, exige que sea interpretada y complementada con el contenido de la Constitución; razones por las que justifica dictar sentencia interpretativa que establezca el sentido correcto de las normas impugnadas. Emitiendo interpretación del contrato administrativo de servicios como un contrato laboral, señalando que a partir de dicha 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” (fundamento 47). No pasa por alto que este era un proceso de inconstitucionalidad, sin embargo el Tribunal prefirió emitir una sentencia interpretativa, justificando ello en que “el Tribunal debe actuar responsablemente al advertir que si se declarase la inconstitucionalidad de la Ley impugnada, se generaría un vacío normativo, que importaría dejar sin derechos laborales a quienes han sido contratados bajo su marco regulatorio, situación que sería manifiestamente inconstitucional” (fundamento 46).

La declaración de inconstitucionalidad de la ley si bien dejaría sin efecto las contrataciones administrativas de servicios, no es exacto que se perjudicarían los trabajadores, quienes más bien hubieran sido beneficiados pues al quedar sin efecto la ley, ellos automáticamente pasaban al régimen del decreto Legislativo N° 728 a plazo indeterminado generando una gran cantidad de demandas contencioso administrativo laboral por desnaturalización de contrato que se habrían tenido que amparar, circunstancias

en que el único perjudicado hubiera sido el Estado, y más bien se hubiera protegido al trabajador. El razonamiento del fundamento citado, nos hace recordar aquellas épocas del Estado Paternalista, o del poder controlado por intereses de algunos sectores, que hacían creer que lo que era correcto y bueno para ellos, lo era para todos los ciudadanos aunque en concreto estos últimos salieran perjudicados. La sentencia del Tribunal constitucional no solo ha legitimado el sistema de contratación administrativa de servicios, declarando la constitucionalidad de una norma, aún antes de que se produjeran las modificaciones subsanando lo que llamaron como “omisiones constitucionales”, (la sentencia es de fecha 31 de agosto del 2010 y las subsanaciones se produjeron posteriormente en julio del 2011 por Decreto Supremo N° 65-2011-PCM); admitió lo que era evidente para todos, que en propiedad se trataba de un contrato de trabajo, y para nada era un contrato administrativo; y estableció que pueda existir un sector de trabajadores en el sector público con menos derechos que otros, y sin protección alguna contra actos de abuso y arbitrariedad como el despido arbitrario. Proyectos de Derogación del Decreto Legislativo N° 1057 En lo que va del año 2011 se presentaron cinco proyectos en relación al Decreto Legislativo N° 1057, tres de ellos proponen la derogatoria de la norma, y dos proponen se dicte una ley reconociendo derechos laborales al personal CAS.

Con fecha primero de diciembre del año 2011, la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, presentó su Dictamen recomendando la aprobación de los referidos proyectos de ley. Destaca de la propuesta legislativa que la norma en cuestionamiento, crea desigualdad entre los trabajadores de la administración pública y hace más dispersa la legislación del empleo público. Coincidentemente con lo arribado en nuestro trabajo de investigación, señalan que no obstante la STC N° 00002-2010-AI/TC “todavía existirían algunos aspectos que colisionarían con los artículos 2° inciso 2, 23 y 26 de la Constitución”.

Normas referidas al derecho a la igualdad, no discriminación, la protección del trabajo en todas sus modalidades, no limitación del ejercicio de los derechos constitucionales, que no se puede desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador, y que en toda relación de trabajo se debe respetar los tres principios, igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos constitucionales e interpretación

favorable al trabajador en caso de duda sobre el sentido de una norma. El Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, reafirma nuestra investigación sobre la inconstitucionalidad del CAS, y las deficiencias de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de declarar constitucional una norma pese a la flagrancia de vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores, lo que generó una situación en perjuicio de miles de trabajadores, que en junio del 2011 ascendía a 153,872 trabajadores (información de Población Asegurada registrada en la Oficina de Gestión de Riesgos de la Gerencia Central de Aseguramiento de Essalud), cabe notar el ascenso en las cifras, provocadas por el traslado masivo de los trabajadores del régimen del D. Leg. 728 plazo fijo a este sistema injusto e inconstitucional de contratación laboral.

En el transcurso de la investigación se advirtió que existe una preocupación generalizada en los magistrados de especialidad laboral del Poder Judicial en razón de la sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional que declara constitucional una norma cuya inconstitucionalidad resulta evidente, además de violatoria de derechos concretos de una gran cantidad de trabajadores que acuden a las instancias judiciales pretendiendo se hagan efectivos sus derechos fundamentales. La magistratura conoce del carácter vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional, pero también conoce que los jueces hacen efectivos los derechos sustanciales y protegen los derechos constitucionales, por lo que se plantean requerimientos de propuestas de modificación de las normas cuestionadas, que en algo pretendemos aportar con este trabajo de investigación. Los derechos constitucionales son aquellas concretas expresiones de la dignidad, libertad e igualdad humanas dispuestas normativamente, que suponen un conjunto de facultades para su titular, y que vinculan positiva o negativamente al poder político a punto de legitimar su actuación. En razón de la positivización de los derechos fundamentales incorporándolos a los ordenamientos constitucionales como el caso del Perú, son considerados como cartas de triunfo, correspondiendo a todos los poderes públicos promover las condiciones para que los derechos a la igualdad, respeto de la dignidad del individuo sean efectivas y reales, de remover los obstáculos que impidan el disfrute a plenitud de los derechos y como indica el artículo 44 de la Constitución uno de los deberes esenciales del Estado es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Se requiere el concierto de voluntades de todos

los poderes públicos en asumir su labor esencial de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos como lo prescribe la norma constitucional citada.

2.2. Definición De Términos Usados

“régimen CAS”

Régimen especial de contratación administrativa de servicios, como un contrato utilizado por cualquier entidad del Estado, salvo las empresas, con duración determinada y renovable indefinidamente; determinándose así en una figura excluida del régimen laboral público o privado y sometida al Derecho Administrativo

“Derechos Laborales”

Derechos que tienen por objeto la tutela del trabajo humano realizado en forma libre, por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una contraprestación. Es un sistema normativo heterónimo y autónomo que regula determinados tipos de trabajo dependiente y de relaciones laborales.

2.3. Hipótesis

2.3.1. Hipótesis general.

Los efectos laborales y jurídicos que se generan de la aplicación de la Eliminación del Régimen CAS - Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento, influyen significativamente con respecto a los derechos de los Trabajadores bajo dicho régimen.

2.3.2. Hipótesis específicas:

Hipótesis específica 1:

Los derechos laborales de los trabajadores por CAS son muy vulnerados conforme a la aplicación de la Ley de Eliminación del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.

Hipótesis específica 2:

La incidencia del conflicto a generarse y de sus implicancias, influyen directamente sobre los trabajadores por CAS no sujetos al sistema de protección contra despido arbitrario o nulo de la Ley N° 24041.

Hipótesis Específica 3:

Otros graves conflictos se derivarán de la aplicación actual de la Ley de Eliminación del Régimen CAS del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.

2.4. Variables

2.4.1. Variable independiente.

“REGIMEN CAS”

Régimen especial de contratación administrativa de servicios, como un contrato utilizado por cualquier entidad del Estado, salvo las empresas, con duración determinada y renovable indefinidamente; determinándose así en una figura excluida del régimen laboral público o privado y sometida al Derecho Administrativo

2.4.2. Variable dependiente.

“DERECHOS LABORALES”

Derechos que tienen por objeto la tutela del trabajo humano realizado en forma libre, por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una contraprestación. Es un sistema normativo heterónimo y autónomo que regula determinados tipos de trabajo dependiente y de relaciones laborales.

III. METODOLOGÍA

3.1. Diseño de la Investigación

El diseño de esta investigación empleado ha sido de tipo correlacional, teniéndose un alto grado de correlación entre las variables independiente y dependiente, concretamente entre la eliminación progresiva del Régimen CAS y la vulneración de los derechos laborales de trabajadores bajo dicho régimen, que da razón sobre la importancia de tipificar como delito a las modalidades agravadas de violencia familiar.

3.2. Población y Muestra

3.2.1. Población

La población de estudio que comprendió esta investigación estuvo conformada principalmente por el total de trabajadores bajo régimen CAS del sector público.

3.2.2. Muestra

La muestra ha estado conformada por un total de 20 Trabajadores que han estado bajo régimen CAS en el Ministerio de Trabajo.

Se ha aplicado como técnica de estudio en cuanto a la determinación de la muestra en modo directo y de manera intencional – premeditada, en base a la selección de una muestra específica que sea significativa, y de representación inferencial de la población de estudio.

3.3. Técnicas e Instrumentos

Se hizo uso de la técnica de encuesta con el instrumento Cuestionario, el cual consta de 20 ítems con 3 alternativas de respuesta, el cual sirvió para recoger la información directa de la muestra sobre los indicadores de la variables de Régimen CAS y Derechos Laborales.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados

TABLA N° 01

¿Considera que es positivo el Régimen CAS?

RESPUESTAS	N°	%
SI	05	25
NO	15	75
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 01



INTERPRETACIÓN:

La mayoría de los encuestados (75%) considera que el Régimen CAS no es positivo mientras que el 25% señala que si. Esta tendencia se desprende de empleados públicos contratados bajo dicho régimen que perciben que se vulneran sus derechos laborales.

TABLA N° 02

¿Bajo el régimen CAS se garantizan los derechos laborales de los trabajadores?

RESPUESTAS	N°	%
SI	06	30
NO	14	70
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 02



INTERPRETACIÓN:

La mayoría de los encuestados (70%) considera que bajo el Régimen CAS no se garantizan los derechos laborales de los trabajadores, mientras que un 30% señala que SI. En consecuencia, gran parte de los encuestados (empleados públicos) son conscientes y manifiestan su disconformidad con la forma en que la norma en cuestión recorta y limita el acceso a sus derechos laborales constitucionales.

TABLA N° 03

¿Encuentra beneficios con la actual legislación de eliminación progresiva del Régimen CAS?

RESPUESTAS	N°	%
SI	07	35
NO	13	65
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 03



INTERPRETACIÓN:

La mayoría de los encuestados (65%) considera que no se presentan beneficios laborales con la actual legislación de eliminación progresiva del Régimen CAS; un 35% considera que SI. A pesar de que la norma establece facultades y prerrogativas laborales, sin embargo la percepción prevaleciente del empleado público afectado es que se vulneran sus derechos laborales constitucionales.

TABLA N° 04

¿Ha sido bueno el papel de los servicios no personales y el CAS?

RESPUESTAS	N°	%
SI	09	45
NO	11	55
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 04



INTERPRETACIÓN:

La mayoría de los encuestados (55%) considera que no ha sido bueno el papel de los servicios no personales y el CAS; mientras que un 45% considera que SI.

TABLA N° 05

¿Han generado problemas, los contratos temporales en la carrera pública?

RESPUESTAS	N°	%
SI	17	85
NO	03	15
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 05



INTERPRETACIÓN:

La mayoría de los encuestados (85%) considera que la ley en cuestión SI ha generado problemas a partir de los contratos temporales en la carrera pública; un 15% considera que NO.

TABLA N° 06

¿Existen Abuso de contrataciones temporales?

RESPUESTAS	N°	%
SI	18	90
NO	02	10
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 06



INTERPRETACIÓN:

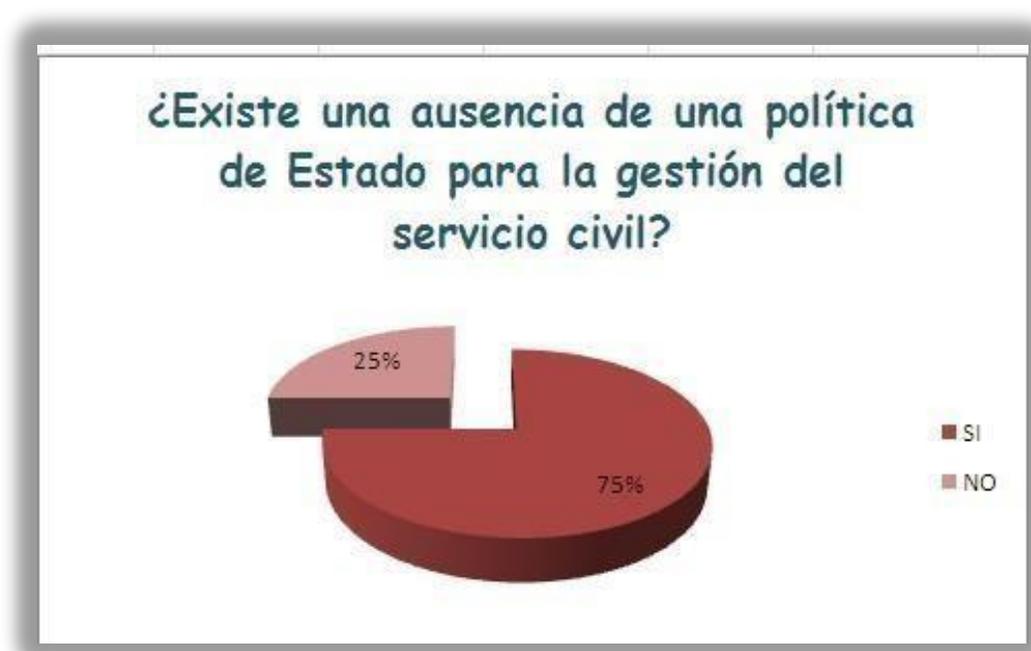
La mayoría de los encuestados (90%) que a partir de la ley en cuestión se han presentado abusos en las contrataciones temporales; un 10% señala que NO.

TABLA N° 07

¿Existe una ausencia de una política de Estado para la gestión del servicio civil?

RESPUESTAS	N°	%
SI	15	75
NO	05	25
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 07



INTERPRETACIÓN:

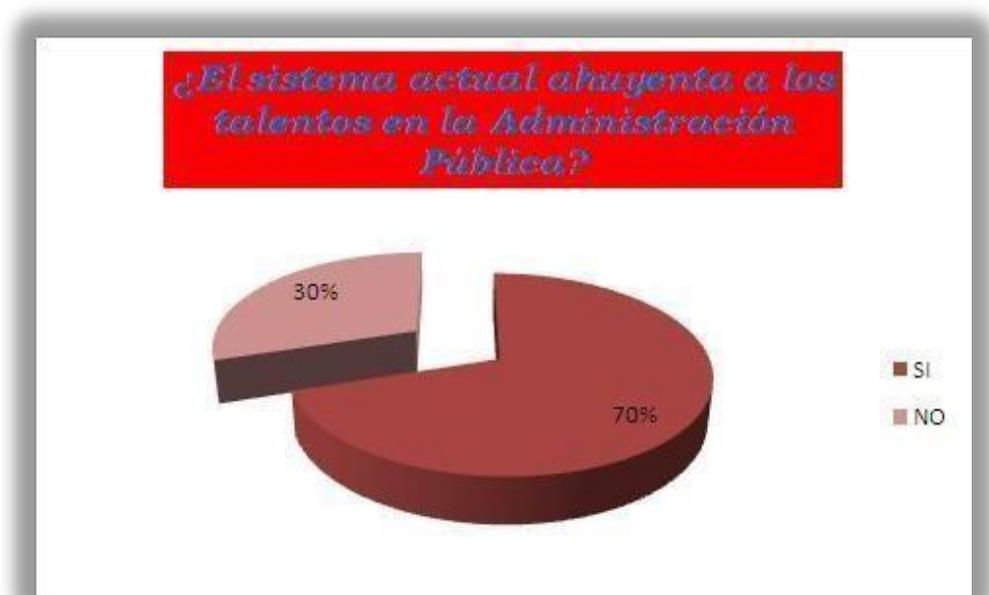
La mayoría de los encuestados (75%) considera que SI existe ausencia de una política de Estado para la Gestión del Servicio Civil. Un 25% señala que NO.

TABLA N° 08

¿El sistema actual ahuyenta a los talentos en la Administración Pública?

RESPUESTAS	N°	%
SI	14	70
NO	06	30
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 08



INTERPRETACIÓN:

La mayoría de los encuestados (70%) considera que el sistema actual SI ahuyenta a los talentos en la Administración Pública; mientras que un 30% considera que NO.

TABLA N° 09

¿Hay una incidencia reconocida del incremento de despidos arbitrarios?

RESPUESTAS	N°	%
SI	18	90
NO	02	10
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 09



INTERPRETACIÓN:

La mayoría de los encuestados (90%) considera que SI se ha producido un incremento notorio de despidos arbitrarios a partir de la ley en cuestión mientras que el 10% considera que NO.

TABLA N° 10

¿Considera que la eliminación del régimen CAS es factible para el régimen laboral público?

RESPUESTAS	N°	%
SI	07	35
NO	13	65
TOTAL	20	100

GRÁFICO N° 10



INTERPRETACIÓN:

La mayoría de los encuestados (65%) considera que la eliminación del Régimen CAS no es factible para el Régimen Laboral Público mientras que el 35% consideras que SI.

4.2. Análisis de los Resultados

De acuerdo con la teoría y el trabajo de campo realizado se establece lo siguiente:

VARIABLE INDEPENDIENTE: “REGIMEN CAS”

Se trata de un régimen especial de contratación administrativa de servicios, como un contrato utilizado por cualquier entidad del Estado, salvo las empresas, con duración determinada y renovable indefinidamente; determinándose así en una figura excluida del régimen laboral público o privado y sometida al Derecho Administrativo, sin embargo en nuestra administración pública este régimen ha venido vulnerando los derechos laborales de los empleados contratados bajo dicha modalidad. Asimismo, se han generado diversos conflictos de carácter judicial toda vez que los trabajadores despedidos y cesados inmediatamente a la Aplicación de la Ley de Eliminación, no han podido conseguir una resolución favorable, más aún si el Tribunal Constitucional ha declarado infundada la demanda de inconstitucionalidad presentada. Respecto del Régimen CAS no existe ni ha existido hasta el momento un régimen laboral especial adecuado para los trabajadores bajo este régimen en que se reconozcan sus derechos laborales desde la perspectiva del derecho constitucional.

VARIABLE DEPENDIENTE: “DERECHOS LABORALES”

Se refiere a las prerrogativas y derechos que tienen por objeto la tutela del trabajo humano realizado en forma libre, por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una contraprestación. Es un sistema normativo heterónimo y autónomo que regula determinados tipos de trabajo dependiente y de relaciones laborales, sin embargo, estos derechos fundamentales del trabajador, reconocidos en normas internacionales y nacionales, bajo el sistema del Régimen CAS han sido y vienen siendo vulnerados sistemáticamente; la legislación dada en el 2014, esto es, la Ley N° 29849 denominada "Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales", en su intento de suprimir diversos actos vulneratorios de los derechos laborales, también se ha constituido en un factor que genera la vulneración de tales prerrogativas. Ello se ha podido apreciar con la falta de protección tuitiva a favor de

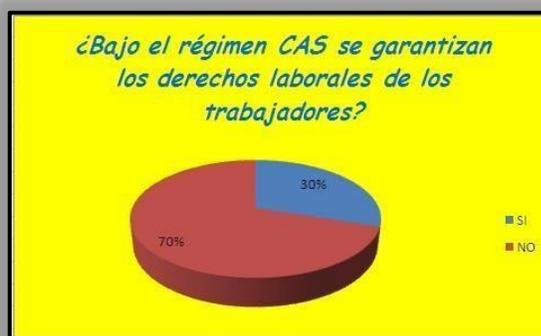
los trabajadores cesados y despedidos arbitrariamente con la aplicación de la ley en mención; inclusive sus derechos no eran reconocidos antes de que saliera la norma y en la actualidad ya no pueden reclamar por sus derechos, más aún cuando el Tribunal Constitucional por la constitucionalidad de tal ley. Otra forma de visibilizar esta vulneración se aprecia con la aplicación de la Ley N° 29849 por cuanto determina que aquellos que no han podido cumplir con el Contrato en forma integral, finalmente recibirán una remuneración menor a la esperada; a esto hay que agregar la limitación en diversos derechos laborales como son la mejoría en las remuneraciones, gratificaciones, vacaciones, descansos, etc.

Ahora bien, la validación de las hipótesis es la siguiente:

LA PRIMERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Los derechos laborales de los trabajadores por CAS son frecuentemente vulnerados conforme a la aplicación de la Ley de Eliminación del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.

SE VALIDA DE CONFORMIDAD CON EL GRÁFICO N° 02



Por cuanto del mismo se desprende que para la mayoría de los empleados públicos bajo el Régimen CAS (70%), tal sistema laboral no ha garantizado sus derechos laborales. También contribuye a validar esta hipótesis el Gráfico N° 03.



Por cuanto del mismo se desprende que para la mayoría (65%) la actual legislación de eliminación progresiva del Régimen CAS (Ley N° 29849 denominada "Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales) no le ha reportado ni generado beneficios, por el contrario se constituye en un marco normativo que acentúa la violación de sus derechos laborales; si antes, los mismos estaban postergados y sin reconocer, ahora con la norma ya no tienen opción para acceder a los mismos.

También valida esta hipótesis el Gráfico N° 06:



Por cuanto del mismo se desprende que la mayoría de los empleados públicos bajo el Régimen CAS (90%) se presentan casos notorios de abuso en las contrataciones temporales; toda vez que la flexibilización que se ha producido de sus derechos constitucionales ha determinado que finalmente se retarden, se desconozcan y finalmente se inapliquen.

LA SEGUNDA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

La incidencia del conflicto a generarse y de sus implicancias, influyen directamente sobre los trabajadores por CAS no sujetos al sistema de protección contra despido arbitrario o nulo de la Ley N° 24041.

SE VALIDA:

Por cuanto esta problemática del Régimen CAS ha venido generando controversias judiciales en materia laboral para empleados públicos los cuales han tenido como última instancia no sólo a la Corte Suprema sino al Tribunal Constitucional frente a sendas

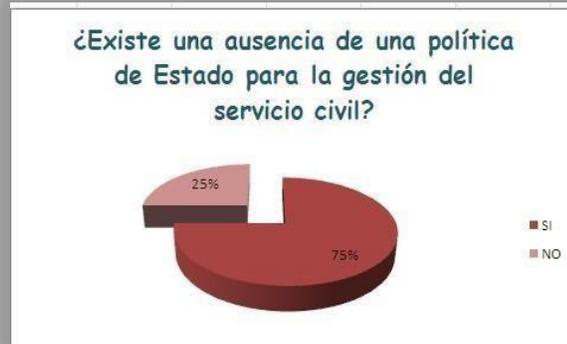
acciones de amparo impulsadas por empleados públicos despedidos arbitrariamente o cesados, en tal sentido tenemos:

Expediente (acumulados) N° 015-2001-AI/TC, 016-2001-AI/TC y N° 004-2002-AI/TC (Caso Proceso de Inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia N.º 055-2001, y la Ley N° 27684); Expediente N° 00004-2004-CC/TC; Expediente N° 00008-2005-PI/TC; Expediente N° 03818-2009-PA/TC; Expediente N° 00002-2010-AI/TC; Expediente N° 03344-2010-PA/TC; Expediente N° 00773-2011-PA/TC; Expediente N° 01154-2011-PA/TC, cuyos contenidos, fundamentos y aportes doctrinarios así como interpretaciones constitucionales de la Constitución y de las Leyes Laborales vigentes también contribuyen a validar esta hipótesis.

Valida esta hipótesis también el aporte doctrinario del Abogado Jesús Carrasco Mosquera, (2014), quien señala:

“De otro lado, la Ley SERVIR no puede implementarse despojando a sus beneficiarios del derecho constitucional a la negociación colectiva en materia económica, disminuyéndolos a discutir solo condiciones de trabajo, ello resulta transgresor del Art. 28º de la Constitución, no resultando una limitación constitucional válida, habida cuenta que existen sendos convenios internacionales de OIT, de los que el Perú es parte, que consagran este derecho para los trabajadores del sector público. Mantener esa restricción terminaría vaciando de contenido al referido artículo constitucional, y desconociendo los compromisos supranacionales del Estado.”

Valida esta hipótesis también los resultados del Gráfico N° 07:



Por cuanto del mismo se desprende que para la mayoría de los empleados públicos bajo el Régimen CAS está claro que el Estado no cuenta con una política eficaz para la gestión del servicio civil, lo cual, a partir de lo planteado en esta Tesis genera un conflicto traducido en el recorte de los derechos laborales y en la inacción de las instituciones tutelares del Estado como el Poder Judicial y el T.C., que finalmente resuelven sin proteger y garantizar los derechos laborales constitucionales, lo que resulta contraproducente por cuanto mayormente el T.C., se pronuncia favorablemente por los derechos del trabajador, sobre todo de aquellos que pertenecen al sector privado, sin embargo en este caso se configura una situación de vulneración de los derechos laborales de empleados públicos además de producirse una retroactividad maligna de la ley N° 29849, toda vez que se aplica para limitar y desconocer los derechos laborales constitucionales que les asiste a los trabajadores públicos bajo el Régimen CAS.

LA TERCERA HIPÓTESIS ESPECÍFICA:

Otros graves conflictos se derivarán de la aplicación actual de la Ley de Eliminación del Régimen CAS del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.

SE VALIDA:

Por cuanto esta problemática va a seguir generando otros conflictos como son aquellos de naturaleza judicial por cuanto los trabajadores públicos perjudicados van a seguir impulsando demandas ante el Poder Judicial y el mismo Tribunal Constitucional; un problema de administración de Recursos Humanos por cuanto la Administración Pública perderá a muchos de sus talentos capacitados y calificados en Gestión Pública, que al observar la prerrogación de sus prerrogativas optarán por irse al sector privado.

También valida esta hipótesis el temor fundado de aquellos que trabajan bajo este régimen en las diferentes entidades del Estado, por cuanto habrá siempre la preocupación de que sus derechos laborales no serán reconocidos ante un eventual cese o despido arbitrario y más aún con la preocupante resolución del T.C., que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la Ley N° 29849 "Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales".

Valida esta hipótesis también el Gráfico N° 09:



Por cuanto del mismo se desprende el temor fundado mayoritario de los encuestados ante la eventualidad de que se les despidan arbitrariamente (90%), preocupación

que además se acentúa con la legislación vigente y lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

V. CONCLUSIONES

1. Los derechos laborales esenciales que se vulneran a los trabajadores por CAS conforme a la aplicación de la Ley de Eliminación del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento, son: El derecho al descanso, el derecho a vacaciones, gratificaciones y esencialmente el derecho a una mínima estabilidad laboral toda vez que se comete contra ellos un cese intempestivo de su actividad laboral así como en ocasiones se materializa el despido arbitrario, vulnerando de esta manera sus derechos constitucionales.
2. La incidencia del conflicto que se genera y que tiene implicancias, en cuanto a trabajadores por CAS no sujetos al sistema de protección contra despido arbitrario o nulo de la Ley N° 24041, se plasma en primer lugar en procesos judiciales que los trabajadores cesados y despedidos impulsa ante el Poder Judicial, no encontrando amparo para sus derechos vulnerados por la Ley N° 29849 así como también la conflictividad que surge respecto de la constitucionalidad e inconstitucionalidad de tal norma, tramitada ante el Tribunal Constitucional, cuya resolución última declara infundada la demanda planteada contra la ley mencionada, configurándose de esta manera una situación donde se legitiman los actos vulneratorios de los derechos laborales que les asiste a los trabajadores incursos bajo el régimen CAS.
3. Entre los otros conflictos que se derivan de la aplicación de la Ley de Eliminación del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento tenemos la desincentivación para trabajar en Entidades Públicas lo que genera el alejamiento de los talentos, esto es, de los profesionales más calificados para trabajar en el Estado. Asimismo se suscitan problemas de inseguridad laboral en las Entidades Públicas produciéndose una suerte de flexibilización de derechos laborales ya adquiridos en dicho ámbito y que ahora por los cambios legislativos y por interpretaciones del T.C. son limitados y vulnerados.

RECOMENDACIONES

- A.** Se recomienda elaborar un Texto Único Ordenado, que concuerde, correlacione y articule la legislación sobre el Régimen CAS, relacionándolo con la jurisprudencia generada por el Tribunal Constitucional en diversas resoluciones respecto del Régimen CAS. De esta manera se podrá contribuir a su efectiva regulación e interpretación y favorecerá posteriores proyectos de ley que deberán enmendar la problemática actual.
- B.** Tomar en cuenta las diversas resoluciones del T.C. sobre el Régimen CAS, analizándolas e interpretándolas literal y sistemáticamente, a efectos de establecer lineamientos y patrones comunes respecto de dicho régimen, precisando puntualmente aquellos derechos laborales de los trabajadores públicos que son vulnerados, con la finalidad de orientar la toma de decisiones de los sujetos que participan en el derecho laboral (empleados y empleado), a efectos de minimizar y contrarrestar la actual situación de violación de derechos laborales constitucionales.
- C.** Plantear un proyecto de Ley que recoja las propuestas y demandas de los representantes de los trabajadores públicos bajo el régimen CAS, tomando en cuenta los aportes y opiniones de abogados especialistas en el derecho laboral constitucional, invitándolos a que participen en los debates de las COMISIONES RESPECTIVAS QUE SE PRODUZCAN EN EL CONGRESO ASÍ COMO EN EL PLENO a efectos de generar una norma laboral legal de consenso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abbagnano, N. (1999). *Diccionario de Filosofía, voz Estoicismo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Aguirre Montenegro, J. (2009). *Contrato Administrativo de Servicios*.
- Beltran, J. (2012). *La evolución de los derechos del empleado público*. Revista Labórem N° 65.
- Cassagne, J. C. (1996). *Derecho Administrativo T. II, Cap. III*. Buenos Aires.
- Carrasco Mosquera, J. (24 de Diciembre de 2014). *elabogado.blogspot*. Recuperado el 01 de marzo de 2015, de *elabogado.blogspot*: <http://www.elabogadodelcascarrasco.blogspot.com>
- Danos Ordoñez, J. (2008). *El Regimen de los Contratos Estatales en el Perú*. Lima: Editorial Grijley.
- Dromi, R. (2005). *Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Farrando, I. (2002). *Contratos Administrativos*. Lexis - Nexis.
- García de enterría, E. y. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Lima - Bogotá: Versión Latinoamericana en base a 12° ed.
- García de enterría, J. (2001). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Loewenstein, K. *Teoría de la Constitución (Capítulo V)*. Traducción de Alfredo Gallego.
- Miranda, G. (2004). *Instituciones y Perspectivas del Derecho Laboral Público*. Lima: Revista Derecho & Sociedad N° 23.
- Neves, J. (2009). *Principales objeciones al contrato administrativo de servicios*. Lima: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
- Nieves Mujica, J. (1997). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: ARA Editores.
- Pacheco Zerga, L. (2007). *La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo*. España: Thomson Civitas Primera edición.
- Rendon Vasquez, J. (2007). *Derecho al Trabajo, Teoría General*. Grijley.

- Salazar Chavez, R. J. *El concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú*. Lima: Derecho & Sociedad N° 29.
- Salazar Chavez, R. J. (2002). *Exposición sobre el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. Lima: CONSUCODE.
- Sanchis, D., & Perez Hualde, A. y. (1996). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- Toyama Miyagusuku, J. (Diciembre 2008). *Los Contratos de Trabajo y otras Instituciones de Derecho Laboral*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición.
- Zanotti, G. (Marzo 2006). *Dignidad Humana y Derechos de la Persona: ¿Cristianismo o Kant? Markets & Morality*.

**A
N
E
X
O
S**

ANEXO 01

MODELO DE ENCUESTA SOBRE LA SITUACIÓN DE RÉGIMEN CAS EN TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO PERUANO

Encuesta aplicada a trabajadores bajo régimen CAS del sector público.

Buenos días/tardes, estimados colaboradores, el presente cuestionario ha sido elaborado para que sea respondido por Uds. Marcando las opciones de

1. Sí
2. No

1. EDAD: _____

2. Género: M () F ()

Cargo:

Cargo:

1. ¿Considera que es positivo el Régimen CAS?

Si No

2. ¿Bajo el régimen CAS se garantizan los derechos laborales de los trabajadores?

Si No

3. ¿Encuentra beneficios con la actual legislación de eliminación progresiva del Régimen CAS?

Si No

4. **¿Ha sido bueno el papel de los servicios no personales y el CAS?**

Si No

5. **¿Han generado problemas, los contratos temporales en la carrera pública?**

Si No

6. ¿Existen Abuso de contrataciones temporales?

Si No

7. ¿Existe una ausencia de una política de Estado para la gestión del servicio civil?

Si No

8. ¿El sistema actual ahuyenta a los talentos?

Si No

9. Hay una incidencia reconocida del incremento de despidos arbitrarios

Si No

10. Considera que la eliminación del régimen CAS es factible para el régimen laboral público.

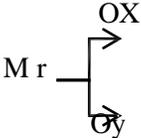
Si

No

ANEXO 02

MATRIZ DE CONSISTENCIA

EI RÉGIMEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIO (CAS) Y LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES, PERIODO 2013 – LIMA. 2015

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	VARIABLE	METODOLOGÍA
<p>Problema general</p> <p>¿Cuáles son los efectos laborales y jurídicos que se genera la vulneración de los derechos laborales en el régimen de contratos del Régimen CAS - Decreto Legislativo N° 1057, en el distrito de Lima, periodo 2013?</p>	<p>Objetivo general</p> <p>Determinar los efectos laborales y jurídicos que se genera la vulneración de los derechos laborales en el régimen de contratos del Régimen CAS - Decreto Legislativo N° 1057, en el distrito de Lima, periodo 2013</p>	<p>Hipótesis general</p> <p>Los efectos laborales y jurídicos que se generan de la aplicación de la Eliminación del Régimen CAS - Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento, influyen significativamente con respecto a los derechos de los Trabajadores bajo dicho régimen.</p>	<p>Régimen CAS</p>	<p>Tipo y nivel de investigación</p> <p>La investigación por su finalidad es de tipo descriptiva, utiliza el método descriptivo y se desarrolla en un nivel aplicativo</p> <p>Investigación:</p> <p>Utiliza un diseño descriptivo correlacional, basado en una sola muestra de estudio, en la que se manipularán dos variables. El esquema es:</p> <div style="text-align: center;">  <pre> graph LR Mr[M r] --> OX[OX] Mr --> Oy[Oy] </pre> </div>
<p>¿Qué derechos laborales se vulneran de los trabajadores por CAS conforme a la</p>	<p>Objetivos específicos</p> <p>Determinar los derechos laborales</p>	<p>Hipótesis específicas</p> <p>Los derechos laborales de los trabajadores por CAS son muy</p>		<p>Dónde:</p> <p>M = Muestra de estudio</p> <p>OX = Régimen CAS</p>

<p>aplicación de la Ley del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento?</p> <p>¿Qué conflictos se derivarán de la aplicación actual de la Ley del Régimen CAS del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento?</p>	<p>se vulneran de los trabajadores por CAS conforme a la aplicación de la Ley del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.</p> <p>Señalar conflictos se derivará de la aplicación actual de la Ley del Régimen CAS del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.</p>	<p>vulnerados conforme a la aplicación de la Ley de Eliminación del Régimen CAS- Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.</p> <p>La incidencia del conflicto a generarse y de sus implicancias influyen directamente sobre los trabajadores por CAS no sujetos al sistema de protección contra despido arbitrario o nulo de la Ley N° 24041.</p> <p>Otros graves conflictos se derivarán de la aplicación actual de la Ley de Eliminación del Régimen CAS del Decreto Legislativo N° 1057 y de su reglamento.</p>	<p>Derechos Laborales</p>	<p>0y = Derechos Laborales r = Correlacional existente entre las variables.</p>
--	--	--	---------------------------	---