

EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1057 Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS - CAS

Inconstitucionalidad y principales riesgos procesales y económicos

Jesús Carrasco Mosquera^()(**)*

I. INTRODUCCIÓN

Sobre el Decreto Legislativo N° 1057⁽¹⁾ (en adelante DL 1057) y el contrato administrativo de servicios ya se ha escrito bastante. A favor y bastante más, en contra. De un lado se ha dicho que es inédito, innovador y hasta modernizador del Estado, mientras que de otro lado se ha dicho que es ilegal, discriminatorio, deslaborizador y hasta inconstitucional. Lo cierto es que pocos han apuntado los riesgos procesales, económicos y hasta políticos a los que nos expone el mantener la vigencia de la norma, tal como está, sin pensar en su derogación o cuando menos, sin introducir algunos límites temporales a su vigencia.

Es sabido que desde el año 2008 el Estado, a través de sus distintas entidades gubernamentales centrales y desconcentradas, así como gobiernos regionales y

(*) Abogado constitucionalista, socio del estudio C y C Abogados. Consultor de la Defensoría del Pueblo y PCM en temas de derecho laboral y previsional. Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (1999) y de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP (2003-2004). Asistente de cátedra en los cursos Derecho Del Trabajo I (Individual) y Derecho Procesal del Trabajo en la Facultad de Derecho de la UIGV.

(**) Promotor de la Acción de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1057 ante el Tribunal Constitucional (Exp. N° 0002-2010-PI/TC).

(1) Ley que crea el contrato administrativo de servicios, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 25 de Junio de 2008.

locales, en todo el país, han contratado incontinentemente a servidores y profesionales bajo la modalidad del régimen de Contratación Administrativa de Servicios - CAS, y a la fecha existen aproximadamente 50 mil trabajadores estatales bajo ese régimen especial, todos ellos laborando por un mínimo de 8 horas diarias (o 48 horas semanales), pero sin gozar los demás beneficios económicos que perciben los trabajadores de los regímenes laborales generales (Público: DL 276 y Privado: DL 728), lo que constituye a su vez, la potencial posibilidad de que se generen cincuenta mil reclamos judiciales exigiendo los demás beneficios económicos que gozan los demás trabajadores regulares, además de pedidos de reposición en el puesto de trabajo, con el consecuente impacto procesal que ello implicaría en el Poder Judicial y Tribunal Constitucional, así como la terrible factura que nos puede costar a todos los peruanos, el pagar esas eventuales sentencias.

Es por ello que el presente trabajo, advierte la inconstitucionalidad de fondo del DL 1057 y del régimen de contratación que introduce, empezando por desnudar la inidoneidad de la norma con la simple aplicación del Test de la Igualdad, y apunta los graves riesgos procesales y económicos a los que nos expone, además de advertir su incompatibilidad con la función pública estatal, y con otras leyes especiales, que expresa o tácitamente, prohíben la ausencia de una relación laboral en determinados grupos de trabajadores.

Finalmente es propicia la oportunidad para extender mi sincero reconocimiento a la valiosa colaboración de la **Dra. Victoria Ampuero de Fuertes**, ex presidenta del Fuero Laboral y ex magistrada de la Corte Suprema de la República, sin cuyos oportunos aportes hemerográficos no se habría podido elaborar la presente ponencia.

II. INCONSTITUCIONALIDAD POR FONDO

1. Test de la Igualdad

La inconstitucionalidad por fondo del DL 1057 se ve descubierta con el simple sometimiento de su contenido al Test de la Igualdad o de la Razonabilidad, sin necesidad de ingresar al examen artículo por artículo, el cual ciertamente, desnudaría aun mas, sus graves antinomias con la Constitución, pero dejaremos dicho análisis para mas adelante.

Dicho esto, corresponde utilizar aquella herramienta constitucional diseñada por la doctrina y perfeccionada por la abundante jurisprudencia constitucional, para determinar si un trato desigual y normativamente diferenciado deviene en un trato discriminatorio, consistente en la aplicación del TEST DE LA IGUALDAD, conforme lo ha dispuesto el propio Tribunal Constitucional, y así explorar

por sus sub exámenes de Idoneidad⁽²⁾, de Necesidad⁽³⁾ y de, Proporcionalidad, si la implementación del régimen de contratación administrativo de servicios – CAS, resulta ser RAZONABLE y si era indefectiblemente NECESARIO, para luego, establecer si la misma vulnera el Derecho-Principio de la Igualdad, previsto en el Artículo 2.2 de la Constitución.

1.1. Sub Examen de Idoneidad

Comencemos por el artículo 1 del DL 1057, el cual establece que el objeto del régimen especial de contratación administrativo de servicios – CAS, es el de **“garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo en la administración pública”**. Seguidamente, en el artículo 2 de la misma norma, se sostiene que su aplicación es para toda entidad estatal sujeta al régimen laboral de la actividad pública (DL 276), como también en aquellas entidades sujetas al régimen laboral de la actividad privada (DL 728), sin embargo en el artículo 3, se puntualiza, a modo de deslinde, que el CAS no pertenece a ninguno de los dos regímenes laborales mencionados, y que constituye una **“modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado”**.

Se advierte claramente, una contradictoria legislación entre el artículo 2 y el artículo 3 del referido DL 1057, toda vez que no resulta **razonable** que existiendo dos regímenes laborales para el ingreso y acceso a la administración pública, como son los contenidos en los DL 276 y DL 728 (los que ya vienen generando suficiente desorden⁽⁴⁾ en el sector público), se introduzca un tercer régimen de contratación de servicios, ausente de los mismos derechos laborales que ofrecen el público y el privado, y lo que es más grave, que la propia norma aliente su carácter no laboral pese a obligar a trabajar 8 horas diarias, sin que esto constituya jornada ordinaria de trabajo. Este objetivo de la norma, *prima facie*, no resulta ser constitucionalmente legítimo.

Efectivamente, si revisamos el artículo 6 del DL 1057, encontraremos que el régimen del CAS, comprende un máximo de 48 horas semanales frente a un descanso semanal de 24 horas, lo que equivale a decir que la jornada diaria resultante

(2) **Subprincipio de idoneidad o de adecuación.** De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada. Fj. 22 del Exp. 0009-2007-AI/TC-00010-2007-AI/TC.

(3) **Subprincipio de necesidad.** Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental. Fj. 22 del Exp. 0009-2007-AI/TC-00010-2007-AI/TC.

(4) Efectivamente, este indiscutible desorden que viene desde hace más de 10 años en el sector público ha merecido la promulgación de la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, la que aun no termina de zanjar este desorden.

de dicho servidor, es de **8 horas diarias como mínimo**⁽⁵⁾, a cambio de una contraprestación económica de carácter civil o administrativa (que nunca constituirá remuneración) y 15 días de vacaciones anuales, mientras que un servidor del régimen laboral público o privado de esa misma entidad, que efectúa el mismo trabajo y bajo el mismo horario, va recibir una remuneración completa, 30 días de vacaciones, y, una bonificación o compensación por tiempo de servicios –CTS equivalente a una remuneración mensual por año (remuneración básica en el caso de los del DL 276), generándose una intolerante situación de desigualdad, que no hace más que desnudar la INIDONEIDAD de la norma impugnada, además de contravenir el Artículo 26, inciso 1, de la Constitución⁽⁶⁾.

1.2. Sub Examen de la Necesidad

Del mismo modo, en lo referido al sub examen de la Necesidad del DL 1057, debemos recordar que el acceso e ingreso de servidores a la administración pública, ya se encontraba regulado por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo 276), norma que en su artículo 1 dispone expresamente como su objeto:

“(…) Permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público”.

Esta precitada norma, a la fecha se encuentra vigente, y lo que es más, ha sido refrendada por la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, sin embargo, ese mismo objetivo se ha visto repetido, *mutatis mutandi*, en el artículo 1 del DL 1057 al crear el novísimo contrato CAS. Por una cuestión de mínima técnica legislativa, debió obviarse esa redacción ya que no resultaba ser necesaria.

Por ello, no termina de entenderse cual era la necesidad de crear un nuevo sistema de ingreso a la administración pública, si ya existía un sistema alternativo bastante claro y definido, provisto de derechos laborales, como lo es el del régimen laboral público (DL 276). Mas aun, la paradoja tampoco se termina de aclarar, si encontramos que para aquellas entidades públicas de derecho privado u órganos constitucionalmente autónomos sujetos a la misma actividad (Ejemplos: Essalud, Indecopi, Sunarp, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, Etc) se les permite el uso del régimen de contratación laboral de la actividad privada previsto en el Decreto Legislativo 728 (Ley de Competitividad y Productividad Laboral), el cual también permite el ingreso de servidores públicos al Estado con no menos derechos laborales, no debiendo ser necesaria la aplicación de ningún CAS en dichas entidades.

(5) Dicha jornada diaria, bien podría ser de más horas en el caso que en la entidad estatal solo se trabaje por 5 días a la semana, en cuyo caso la jornada sería de más de 9 horas diarias para el servidor CAS.

(6) Artículo 26.- Principios que regulan la relación laboral
“En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
1. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES SIN DISCRIMINACIÓN”.

Es evidente que una modalidad contractual de indiscutible contenido laboral⁽⁷⁾, al que expresamente se le ha quitado dicho carácter, denominándosele como una simple “modalidad especial del derecho administrativo”⁽⁸⁾ (ausente de beneficios laborales), no hace más que reducir el contenido esencial del Derecho al Trabajo a su mínima expresión, lo que contraviene el segundo párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado⁽⁹⁾.

Podemos concluir, que el DL 1057 no supera el sub examen de la Necesidad, en razón de que devenía en innecesaria la creación del inédito sistema de contratación CAS como forma de ingreso a la administración pública, toda vez que ya existían las vías alternas de contratación de personal para dicho sector (DL 276 y DL728), y este debía ser el objetivo del gobierno de turno, el de promover y mejorar dichos caminos ya existentes y no establecer uno nuevo.

1.3. Sub Examen de la Proporcionalidad

Finalmente, al revisar los demás artículos del DL 1057, especialmente los artículos 5 y 6, así como su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, encontramos que el contrato CAS puede ser eterno, al no imponer un límite temporal a la posibilidad de renovación contractual⁽¹⁰⁾ y sin una mínima protección frente al despido, es más ni la ley ni el Reglamento, establecen verdaderas reglas de protección frente a la decisión unilateral del empleador estatal de poner fin al contrato.

El reglamento, introduce un supuesto procedimiento de inmediatez, en donde el servidor CAS puede efectuar un descargo, y establece una supuesta compensación económica en su favor de 2 sueldos si es que es despedido inmotivadamente, pero todo ello, sujeto a la condición de que tenga que recurrir al Poder Judicial, en vía de acción, lo que en buena cuenta significa que a nivel administrativo, la entidad puede mandarlo a su casa en el momento que quiera, sin estar obligado a motivar su decisión en causal alguna, y lo que es peor, exponiendo su caso al arbitrario y nefasto terreno de la subjetividad patronal-estatal. Es ahí donde advertimos una INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN, al obviarse una norma de desarrollo legal que respete el Derecho a una Adecuada Protección Frente al Despido, prevista en el Artículo 27 de la Constitución Política del Estado.

Nos encontramos entonces, con una norma totalmente desproporcionada que introduce un régimen de contratación manifiestamente laboral en los hechos, pero

(7) Por cuanto impone la obligación de trabajar continuamente por 48 horas semanales dentro de la sede de la entidad estatal, a cambio de una retribución económica mensual.

(8) Hemos efectuado una revisión de los distintos tratados y estudios del Derecho Administrativo, y no hemos podido encontrar la regulación de una modalidad contractual de servicios personales para el Estado.

(9) Constitución, Art. 23: segundo párrafo:

“El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”.

(10) Se dice que su duración es de un año, pero el Reglamento permite que la renovación no tenga límites.

revestido de un cobertor administrativo, con la única finalidad de redimir algunos derechos laborales y omitir muchos otros, siendo su única justificación, talvez la económica, con el único propósito de desmejorar el acceso al empleo público y evitarse el pago de derechos laborales. He ahí donde radica la importancia en la responsabilidad del Congreso de la República de compartir su exclusiva labor constitucional de legislación con el Poder Ejecutivo.

En ese sentido, en palabras del tratadista español Andrés Ollero, el control constitucional de la igualdad ante la Ley, se debería reducir a una **Igualdad en la Ley**, de modo tal que el legislador evite normas particularizadas “*ad casum*” y diseñar normas generales, que no contemplaran entre sus destinatarios trato desigual alguno sin contar con un fundamento objetivo y razonable⁽¹¹⁾. En el presente caso, el Poder Ejecutivo no ha previsto ni definido ningún objetivo razonable en la dación del DL 1057, para regular este inédito sistema de contratación administrativo.

Frente a esta evidente situación de desigualdad que promueve la norma impugnada y que alienta el tratamiento laboral discriminatorio en una misma entidad del Estado, al punto de permitir que frente a una misma actividad y una misma jornada de trabajo se otorguen distintas prestaciones económicas, y ante la evidente irrazonabilidad y desproporcionalidad de la expedición de la norma, se concluye que el DL 1057, en su totalidad, no supera el Test de RAZONABILIDAD, que toda norma legal debe superar para introducirse al ordenamiento legal, siendo el efecto de su contenido en manifiestamente discriminatorio, **y por lo tanto, en vulnerador del principio-derecho de Igualdad ante la Ley.**

Coincidente con nuestro apunte, es el connotado laboralista y ex Ministro de Trabajo **Javier Neves Mujica** quien además sostiene que la vulneración del derecho a la Igualdad ante la Ley de los trabajadores, también se da respecto a los empleadores, cuando dice: “(...) a la ya cuestionable existencia de dos regímenes laborales dentro del Estado para la ejecución de labores similares: El del sector público y el de la actividad privada, se suma la de un tercer régimen, a cuyos trabajadores se les procura un trato marcadamente diferente y, en este caso, inferior. Lo segundo, porque los empleadores de la actividad privada no disfrutan de la ventaja de contratar en una modalidad equivalente trabajadores subordinados excluidos del régimen general. Todo ello ocurre sin la existencia de una causa objetiva y razonable”⁽¹²⁾.

(11) OLLERO TASSARA, Andrés. Igualdad en la aplicación de la Ley, Centro de Estudios Político Constitucionales- CEPC. Madrid 2005, p. 109.

(12) NEVES MUJICA, Javier. *Principales Objeciones al Contrato Administrativo de Servicios*, publicado en Laborem N° 09, 2009, pp. 90 y 91

2. Análisis constitucional de algunos artículos

Inconstitucionalidad del artículo 3 del DL 1057 (primer párrafo)

Artículo 3.- Definición del Contrato Administrativo de Servicios

“El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del estado. Se regula por la presente norma, 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.

Es evidente que una modalidad contractual de indiscutible contenido laboral (por cuanto impone la obligación de trabajar continuamente por 48 horas semanales dentro de la sede estatal, a cambio de una retribución económica mensual), al que expresamente se le ha quitado dicho carácter, denominándosele como una simple “*modalidad especial del derecho administrativo*”⁽¹³⁾, no hace más que reducir el contenido esencial del Derecho al Trabajo a su mínima expresión, lo que contraviene el segundo párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado⁽¹⁴⁾, que dispone la obligación del Estado de promover políticas para el fomento del empleo productivo.

Entonces, si el propósito del Poder Ejecutivo era el de introducir el CAS como una suerte de modalidad de empleo productivo, falló en su intento, toda vez que dicho término significa indefectiblemente, un empleo provisto de beneficios laborales y de seguridad social. Así, la propia Organización Internacional del Trabajo – OIT, ha interpretado la idea del **empleo productivo**, en dos sentidos, como aquel que adquiere tanto para efectos cuantitativos (número de puestos de trabajo), como también, la calidad del mismo, es decir, el acceso a derechos laborales y a la seguridad⁽¹⁵⁾.

No obstante esta disposición internacional, el CAS, no provee casi ningún beneficio laboral, excepto una vacación de 15 días y el acceso a prestaciones de salud en el Seguro Social de Salud⁽¹⁶⁾, mas no provee gratificaciones de Ley ni bonificaciones extraordinarias ni mucho menos compensaciones por tiempo de servicios, y lo que es más grave, no establece causales para un despido, pudiendo hacerse esta extinción con la sola decisión unilateral del empleador, conforme lo evidencia

(13) Hemos efectuado una revisión de los distintos tratados y estudios del Derecho Administrativo, y no hemos podido encontrar la regulación de una modalidad contractual de servicios personales para el Estado.

(14) Que dice: “El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”.

(15) Recogido en: *Trabajo decente y protección para todos*. Dirección General de la OIT, Oficina Internacional del Trabajo, 1 Edición, 1999.

(16) El derecho a pensiones que otorga el DL 1057, no es un derecho concedido por la norma, toda vez que este es asumido por el servidor por imposición normativa en forma de un descuento para el sistema privado de pensiones o para la ONP, no existiendo diferencia con los anteriores servidores SNP, quienes también podían recurrir a dichos sistemas si lo deseaban.

el artículo 13.3 del Reglamento del DL 1057⁽¹⁷⁾, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. Evidentemente, el CAS no constituye, por ningún caso, una forma de empleo productivo.

En ese mismo sentido, lo dispuesto en el precitado artículo 3 del DL 1057, también contraviene el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado ⁽¹⁸⁾, ya que la sola precisión que se hace, de que el CAS no forme parte del régimen laboral público (DL 276), como tampoco del régimen laboral privado (DL 728), termina por consumir la desprotección de derechos fundamentales básicos, como son el Derecho a la Sindicación y Negociación Colectiva⁽¹⁹⁾, y la Protección Adecuada frente al Despido⁽²⁰⁾, toda vez que la Ley del CAS no permite el ejercicio de estos dos derechos, lo que a su vez consagra una relación laboral limitada para el ejercicio de derechos constitucionales, que evidentemente rebaja la dignidad del trabajador; situación que se encuentra prohibida por la Constitución en el precitado tercer párrafo del Artículo 23;

Esta prohibición constitucional atropellada por el DL 1057, resulta extensiva, incluso, para aquellas relaciones generadas en trabajadores independientes⁽²¹⁾, en todo caso, por extensión es perfectamente aplicada a la “relación administrativa” generada en el CAS, toda vez que por esta se obliga a un servidor a laborar de manera permanente y cumpliendo un horario de trabajo, pero sin opción a sindicalizarse, pese a que este es un derecho incluso de los trabajadores públicos, conforme lo establece la parte *ad initio* del Artículo 42 de la Constitución, que a la letra dice:

“Artículo 42

Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. (...)”

(17) Decreto Supremo N° 075-2008-PCM

Artículo 13.3.- 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**”.

(18) **Constitución, Artículo 23 (tercer párrafo):**

“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”

(19) **Constitución Política del Estado**

Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de Sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga”.

Artículo 42.- Derecho de Sindicación y Huelga de los servicios públicos

“Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos”.

(20) **Artículo 27.- Protección del Trabajador frente al despido arbitrario**

“La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

(21) Así lo interpreta el laboralista de Estado, Cesar Gonzáles Hunt cuando comenta el tercer párrafo del referido Artículo 23 de la Constitución, en La Constitución Comentada, Gaceta Jurídica, 1999.

Resulta necesario reiterar que uno de los compromisos del Estado Peruano en el TLC-USA, contenido en su Capítulo 17, artículo 17.2⁽²²⁾, es precisamente la obligación de **PROTEGER Y REFORZAR EL SISTEMA LABORAL YA EXISTENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO**, sin embargo advertimos que el contenido del DL 1057, no tiende a mantener el sistema laboral ya existente mucho menos a reforzarlo, por el contrario lo debilita al punto, de no garantizar, siquiera, el respeto a los derechos fundamentales de **Asociación, de Negociación Colectiva y de Eliminación de la discriminación entre empleo y ocupación**, los cuales también constituyen parte de los compromisos asumidos por el Estado.

Por ello, se advierte con preocupación que el artículo 3 de la Ley del CAS no solo resulta inconstitucional por contravenir los Artículos 23 (Segundo y Tercer párrafo) y 42 de la Constitución Política, sino también, por contravenir el texto expreso del Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos (TLC - USA), del cual el Perú está obligado a honrar sus compromisos.

Inconstitucionalidad del artículo 5 del DL 1057

Artículo 5.- Duración

“El contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable”.

A primera lectura encontramos que esta norma no establece un límite temporal para la vigencia del CAS, permitiendo la permanencia indefinida del servidor afectado, sin posibilidad alguna de que en algún momento pueda gozar de algún beneficio laboral adicional o derecho constitucional, mas aun, se le deja sin la posibilidad de que, eventualmente y luego de haber pagado un “derecho de piso” o fase inductiva, pueda pasar a la planilla regular de la entidad estatal y así igualar a su compañero de trabajo que si goza de CTS, Gratificaciones, además de cierta estabilidad en el régimen laboral que se encuentre (público o privado).

Esta disposición resulta sumamente grave, si consideramos que tanto el régimen laboral público (DL 276), como el régimen laboral privado (DL 728), regulan periodos temporales de ingreso, siempre limitados (3 y 5 años, respectivamente),

(22) Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, Capítulo 17 LABORAL

“Artículo 17.2: Derechos laborales fundamentales

Cada parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos, tal como se establecen en la Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales y su Seguimiento (1998) (Declaración de la OIT):

La Libertad de asociación

El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;

La eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio;

La abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y

La eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación

(...)” (negrita son nuestros)

pero siempre sujetos a vínculo laboral. Así tenemos, que en el régimen laboral público un servidor contratado solo podrá ser renovado por un plazo máximo de 3 años, en cuyo caso pasará a ser nombrado indefectiblemente por la entidad estatal, del mismo modo sucede en el régimen laboral privado, un trabajador podrá ser contratado a plazo determinado hasta un máximo de 5 años, tiempo a partir del cual su contrato se convertirá automáticamente en uno de plazo indeterminado.

Sin embargo, estas fases de temporalidad limitada no se aprecian en el novísimo régimen contractual del CAS, por el contrario, dicho régimen se introduce con la indicación de que el respectivo contrato “**PUEDE SER PRORROGADO CUANTAS VECES CONSIDERE LA ENTIDAD CONTRATANTE EN FUNCIÓN A SUS NECESIDADES**”⁽²³⁾, es decir que el CAS puede operar sin limitación temporal alguna, dejando abierta la posibilidad de que un servidor público trabaje para el Estado eternamente, sin percibir derechos laborales básicos (gratificaciones, vacaciones de 30 días y CTS) y sin posibilidad alguna de que eventualmente adquiera un estatus laboral regular, o pueda acceder a hacer una línea de carrera administrativa.

Efectivamente, en un estado constitucional de derecho, el cual se instituye con la irrestricta independencia de poderes y el respeto supremo de los derechos fundamentales, y el acceso progresivo a derechos permanentes y no eventuales, resulta incomprensible que el Poder Ejecutivo imponga una norma legal que establezca una situación de eventualidad permanente e ilimitada, desposeída de derechos básicos y que no apunta hacia ningún norte en favor del servidor. O como llama Neves Mujica: Vínculo temporal sin labor temporal y sin límite a la renovación, constituye una grosera infracción al derecho a la estabilidad laboral en su fase de entrada.⁽²⁴⁾

Por ello, el referido artículo 5 de la Ley del CAS, contraviene el artículo 23 de la Constitución Política del Estado, en su tercer párrafo, toda vez que el carácter atemporal del contrato CAS, sin posibilidad de equiparar a otros regímenes laborales en determinado momento, evidentemente va generar la desvalorización de la dignidad de dicho trabajador.

En ese mismo sentido, Gonzalez Hunt también sostiene que el régimen del CAS debe ser transicional y orientado hacia la formalización progresiva de las relaciones contractuales, mas no debe ser considerado como un régimen permanente desprovisto de una verdadera relación laboral, en cuyo caso se configura un esquema contrario a la Constitución⁽²⁵⁾.

(23) Frase textual utilizada en el artículo 5 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, para precisar que el contrato CAS puede ser renovado ilimitadamente por la entidad estatal.

(24) NEVES MUJICA, Javier. *Principales Objeciones al Contrato Administrativo de Servicios*, publicado en Laborem N° 09, 2009. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 89

(25) Entrevista a Cesar Gonzalez Hunt, publicada por revista *Jus Doctrina y Practica*. Diciembre de 2008 (12/2008), pp. 3-5

Inconstitucionalidad de los artículos 6.1 y 6.2 del DL 1057

Artículo 6.- Contenido

“El contrato administrativo de servicios comprende únicamente lo siguiente:

6.1 Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.

6.2 Descanso de veinticuatro (24) horas de prestación de servicios a la semana”.

La inconstitucionalidad de los precitados artículos es manifiesta, toda vez que no hacen mas que repetir la JORNADA ORDINARIA DE TRABAJO y el derecho al descanso semanal remunerado, previstos en el Artículo 25⁽²⁶⁾ de la Constitución, como elementos constituyentes del CONTRATO DE TRABAJO y de toda relación laboral, sin embargo los demás artículos del DL 1057 no hacen mas que reiterar, obtusamente, el carácter “*no laboral*” del régimen del CAS, con el único propósito de desconocer el pago de una remuneración por el servicio administrativo brindado por dicho servidor, lo que termina por contravenir a su vez el primer párrafo del artículo 24 de la Constitución⁽²⁷⁾, toda vez que la Ley del CAS simplemente consagra una contraprestación económica de carácter administrativa, mas no una remuneración;

Resulta claro que cuando la Constitución consagra la jornada laboral en 48 horas semanales u 8 horas diarias a cambio de una remuneración, establece el marco constitucional para que a partir de ahí, se introduzca cualquier otro régimen de contratación de personal, no pudiendo existir un régimen que imponga la obligación de laborar bajo esa jornada, pero desprovisto de los derechos laborales que le son inherentes y que ya existen en nuestro ordenamiento.

Es evidente que lo que pretende regular el DL 1057, es utilizar la jornada ordinaria laboral, bajo relación de dependencia y subordinación (acreditada con la imposición de que las labores se realicen en la sede estatal), para dotarle de menores derechos constitucionales y evitarse el pago de una verdadera remuneración al nuevo trabajador estatal. Sobre el particular, la abundante doctrina que existe sobre la materia, no concibe una jornada ordinaria de trabajo, fuera de un contexto laboral o fuera de un contrato de trabajo. Así tenemos que, Alonso Olea y Casas Bahamonde, sostienen que “*por jornada de trabajo se entiende el tiempo que cada día ha de dedicar el trabajador a la ejecución del contrato de trabajo diario, semanal*

(26) **Constitución Política del Estado**

Artículo 25.- Jornada Ordinaria de Trabajo

“La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo.
(...)”

Los trabajadores tiene derecho a descanso semanal y anual remunerados”.

(27) **Artículo 24.- Derechos del Trabajador**

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

o anual⁽²⁸⁾, lo que significa que no puede existir prestación de jornada de trabajo fuera de un contexto laboral, como la Ley del CAS pretende imponer.

En ese sentido, concluiremos que la ausencia del concepto REMUNERACIÓN, con esa misma nomenclatura, dentro de la relación entre el Estado y el servidor CAS, también resulta inconstitucional, toda vez que el artículo 24 de la Constitución, consagra el otro elemento de un contrato de trabajo, y este es precisamente que: “*El Trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para el y su familia, el bienestar material y espiritual*”. La Ley del CAS no regula ese derecho, por el contrario, dispone simplemente el pago de una contraprestación económica, lo que termina configurando la perfecta evasión de derechos laborales como la CTS, Gratificaciones de Ley, Etc

3. Inconstitucionalidad por Omisión del DL 1057 y su Reglamento (ausencia del Derecho de Protección frente al Despido)

Otro aspecto grave del DL 1057, y que acarrea su indefectible inconstitucionalidad, en este caso Inconstitucionalidad por Omisión, es la ausencia de una precisión normativa que disponga una adecuada protección frente al despido, tal conforme lo obliga la Constitución en su Artículo 27, toda vez que la Ley del CAS no hace ninguna precisión respecto a este derecho del trabajador, mas no así su Reglamento, el cual si bien pretende regular supuestas causales para la extinción del contrato administrativo, como son fallecimiento, mutuo acuerdo, decisión unilateral del trabajador e invalidez absoluta, termina consagrando la decisión unilateral de la entidad (ausente de justificación) como un supuesto más de extinción del contrato, con lo cual, el Estado se auto permite despedir a un trabajador CAS en el momento que quiera;

Efectivamente, basta revisar el Artículo 13.3 del Reglamento de la Ley del CAS, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, donde encontraremos lo siguiente:

“13.3 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**”. Negrita y subrayado son nuestros

Se advierte que el referido Reglamento, no hace mas que configurar la posibilidad de que el trabajador CAS pueda ser víctima de extinción de su contrato administrativo de servicios con la sola decisión unilateral e injustificada del empleador estatal, y lo que es mas grave, sin la posibilidad de que este trabajador reciba algún beneficio económico que repare dicha decisión, debiendo acudir obligatoriamente

(28) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. 18 Edición, editorial Civitas, Madrid, 2000.

al Poder Judicial para que un Juez, luego de un largo, costoso y engorrosísimo proceso judicial, ordene en su favor el pago de los meses dejados de percibir, hasta un máximo de dos meses.

Así, el Reglamento resulta ser más draconiano que su propia Ley. No consagra absolutamente ninguna protección contra el despido del servidor CAS, no establece verdaderas causales relacionadas a la conducta del trabajador y tampoco establece un verdadero procedimiento de inmediatez, y peor aun, no dispone un pago directo a favor de dicho trabajador despedido, al menos la Ley y el Reglamento no autorizan a la entidad estatal efectuar algún pago compensatorio inmediato a favor del trabajador despedido. Esta omisión en el DL 1057 y su correspondiente Reglamento, evidentemente configura una inconstitucionalidad por Omisión, al no prever disposición alguna tendiente a hacer respetar el artículo 27 de la Constitución Política del Estado, norma que dispone que **LA LEY DEBE OTORGAR ADECUADA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO**, por lo que la Ley del CAS no hace mas que contravenir dicha disposición constitucional

III. CONSECUENCIAS PROCESALES Y ECONÓMICAS DE MANTENER DEL REGIMEN DEL CAS

No es propósito de la presente ponencia, alentar el incremento indiscriminado de la planilla estatal, pero tampoco podemos dejar de alertar las terribles consecuencias que va causar al propio Estado, si es que este mantiene la vigencia del DL 1057 tal como está, sin que sea derogada o cuando menos, modificada en el sentido de que el contrato CAS sea solo un régimen temporal y limitado, como etapa previa a una futura contratación del servidor en el régimen laboral que corresponda a dicha entidad estatal, DL 276 o DL 728, según sea el caso, o encaminada a recibir los mismos derechos de esos dos regímenes, tal conforme opinó recientemente Pedro Morales Corrales en una entrevista en Radio Programas del Perú⁽²⁹⁾.

Pero todo hace indicar que, el Ejecutivo no ha hecho una mínima evaluación del costo-beneficio de su norma, toda vez que persistir en la vigencia del DL 1057, como aparentemente es su deseo, va generar indefectiblemente, y como ya se viene generando, sendas sentencias del Poder Judicial⁽³⁰⁾, ya sea en el fuero constitucional, laboral o contencioso administrativo, tendientes a ordenar la reposición del trabajador CAS o el reconocimiento de los beneficios laborales que correspondan al principal régimen de contratación que predomine en la entidad estatal, lo que a

(29) Ver entrevista concedida a Radio Programas del Perú el 25.08.10: <http://www.rpp.com.pe/2010-08-25-cas-pretendio-ir-avanzando-en-reconocimiento-de-derechos-opinan-noticia_290477.html>.

(30) Hasta la fecha (Mayo-2010) el diario oficial El peruano, ha publicado dos (02) sentencias definitivas, expedidas dentro de procesos de amparo, por las Cortes Superiores de Cajamarca y de San Martín, publicadas el 30.10.2009 (Exp. 2008-1703, María Chalán Salcedo Vs. INC Cajamarca. Sala Especializada en lo Civil) y 31.01.2010 (Exp. 2009-0097, Sala Mixta Itinerante de Moyobamba), en las que disponen que el contrato CAS encubre una relación laboral, y ordenan la inmediata reposición de dichos servidores.

la larga va impactar económicamente a todas las entidades estatales, quienes deberán pagar beneficios económicos con intereses de ley, además de tener que reponerlos, eventualmente, en sus puestos de trabajo.

Resultaría iluso confiar en la continuidad de los contratos CAS, sin que los servidores afectados, al cabo del cese de su “vínculo administrativo” no exijan el reconocimiento de los mismos derechos laborales, que sí le son otorgados a aquellos trabajadores que realizan la misma labor que ellos. Dichas demandas, se sustentarán en el PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD DE LOS HECHOS y en el novísimo Art. 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley 29497)⁽³¹⁾, norma que determina la presunción de la existencia del vínculo laboral, con la sola acreditación de la prestación personal de los servicios, sin necesidad de tener que acreditar la subordinación ni la dependencia.

Es por ello, que ya no sorprende que las diferentes cortes de justicia del país, en procesos ordinarios (laborales y contenciosos administrativos) y extraordinarios (amparos) vengan fallando en perjuicio del Estado, inaplicando el DL 1057 en perfecta aplicación del Control Difuso de la Constitución⁽³²⁾, ordenando en algunos casos el reconocimiento de beneficios económicos e indemnizaciones, y en otros no pocos casos, la reposición de trabajadores con el correspondiente pago de sueldos devengados por trabajo no realizado, ya que a estas alturas del partido resulta clarísimo que el vínculo de un servidor CAS con el Estado, importa una verdadera relación laboral, desde el momento en que la propia norma define al contrato como una prestación de servicios NO AUTÓNOMOS y obliga a que se trabaje bajo la Jornada Ordinaria de Trabajo más una expresa dependencia.

Finalmente compartimos la tesis expresada por Federico Mesinas Montero en su editorial de la revista de Diálogo con la Jurisprudencia (N° 139, Abril-2010) quien señala que se hace necesario un pronunciamiento definitivo del Tribunal Constitucional a fin de evitar la avalancha de demandas de trabajadores CAS, fenómeno procesal y económico al que también ha catalogado, sin exceso de exageración, como una “bomba de tiempo”⁽³³⁾, que de no detenerse, eventualmente podría ser solventada con el bolsillo de todos los peruanos.

(31) Ley 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo): Carga de la Prueba Artículo 23.2 “*Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario*”.

(32) Hasta la fecha existen dos (02) sentencias de la Corte Superior de Lima, segunda y tercera Sala Especializada Laboral de Lima, respectivamente, que han resuelto declarar la inconstitucionalidad del DL 1057 al caso concreto, ex

(33) Término expresado por Rocío Limas Vásquez y Romy Repetto Reátegui, quienes en su artículo “EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS ¿Una solución o un problema?”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Derecho Público y Privado. Editado por Normas Legales, N° 94, Año 2008, p. 58.

IV. CONCLUSIONES

1. El régimen del CAS debe ser transicional, es decir debe introducirse un límite temporal a la renovación contractual y orientarlo hacia un pase progresivo a la formalización del trabajador CAS. El referido contrato resulta inconstitucional en la medida que se mantenga como permanente, y no sea transicional.
2. Lo que el Estado pretende ahorrar el día de hoy con la dación y vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, mañana lo terminará pagando con creces, y muy probablemente con el bolsillo de todos los peruanos, cuando tenga que asumir el costo económico y procesal de todas las sentencias que se expidan por cada servidor CAS.
3. El DL 1057 adolece de inconstitucionalidad por omisión, al no contemplar una mínima protección adecuada frente al despido del servidor CAS, tal conforme lo ordena el Art. 27 de la Constitución.
4. El DL 1057, si bien se dictó dentro del marco de la implementación del acuerdo comercial con los Estados Unidos de América, termina por contravenir dicho acuerdo en su Capítulo 17, al no contemplar el ejercicio de los derechos de sindicalización y negociación colectiva, lo que nos expone a una eventual sanción o denuncia del tratado por parte de ese país.