

Trabajadores de empresas del Estado: una categoría perdida entre el empleo público y el régimen laboral privado

*Agenda legislativa pendiente y problemas de la indefinición para trabajadores y empleadores**

Mario Huapaya Nava**
Juana Rosa Terrazos Poves***

En el presente artículo, los autores abordan las contradicciones existentes en el marco legal de los trabajadores de empresas del Estado, así como proponen soluciones a fin de lograr que se respeten los derechos laborales individuales y colectivos de los mismo.

“La empresa pública no responde ni debe responder a dogmatismos y criterios cerrados sino a un análisis, caso por caso, de cuáles son las necesidades de un país y cuál puede ser la mejor forma de satisfacerlas aquí y ahora. Es un instrumento útil y legítimo de los gobiernos modernos, siempre que sea prudentemente utilizado. La experiencia de muchos años demuestra que es una tentación fácil del político. Es también un instrumento peligroso.” Ariño, Gaspar¹

I. INTRODUCCIÓN

Un trabajador de una empresa del Estado se encuentra impedido por mandato constitucional de ejercer función pública –artículo 40°-, en el mismo sentido la aún vigente Ley N° 24948 Ley de la Actividad Empresarial del Estado –artículo 53°- establece que los trabajadores de las empresas del Estado se sujetan al régimen laboral privado equiparando su trabajo con el de un trabajador de una empresa privada –coherente con el mandato del artículo 60° de nuestra Constitución Política- y por lo tanto diferenciándolo de la labor de un servidor o funcionario público.

Sin embargo, en nuestro mismo sistema legal, para el mismo trabajador de una empresa del Estado, su empleador ha sido reconocido en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo –Ley N° 28158 en su Título IV, como entidad pública integrante del Poder Ejecu-

tivo, ejerce potestad administrativa en materia de contrataciones públicas, procedimientos administrativos relacionados con transparencia y acceso a la información y previsionales, encontrándose sujeto al Sistema Nacional de Control regido por la Contraloría General de la República y es calificado por el Código Penal como funcionario público sujeto activo de delitos contra la administración pública.

En el mismo estado de contradicción, pero a niveles institucionales, el sistema legal no solo ha limitado teóricamente a las empresas del Estado a actividades económicas subsidiarias, sino que al pertenecer la empresa al sistema general de presupuesto y sus recursos calificados como recursos públicos, sus contrataciones laborales se han limitado por mandatos legales vía prohibiciones presupuestarias, se han limitado sus ingresos o beneficios por negociación colectiva y se ha prohibido recibir doble percepción del Estado.

El análisis general de estas contradicciones, una teoría de su causa; así como, las perspectivas de solución o de interpretación para equilibrar un sistema legal que respete los derechos laborales individuales y colectivos de los trabajadores y una organización empresarial pública eficiente, se presentan en este artículo, sin perjuicio de la necesidad de un estudio más profundo de la materia a nivel público y una ulterior regulación orgánica que solucione el problema de forma permanente.

* Las reflexiones expuestas en el presente artículo reflejan únicamente opiniones personales de los autores y no comprometen ninguna posición institucional de alguna de las entidades referidas en el presente documento.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios completos en la Maestría de Derecho en la Empresa con especialización en regulación de servicios públicos por la misma casa de estudios y miembro fundador del Círculo de Derecho Administrativo.

*** Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 ARIÑO, Gaspar. Economía y Estado. Abeledo Perrot, Buenos Aires: 1993, p. 46.

II. RELACIÓN DINÁMICA ENTRE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO O PRIVADO

Considerando los antecedentes de la introducción precedente, y a medio camino entre el derecho administrativo y el derecho laboral existen una variedad de materias poco estudiadas, que sin embargo, se han vuelto relevantes por su aplicación en la realidad cotidiana, por su efecto en las entidades -y empresas del estado-, así como, en los derechos laborales individuales y colectivos.

Uno de los temas más interesantes en cuestión, es la relación que existe entre el régimen laboral que vincula a los trabajadores o funcionarios con las entidades públicas y su capacidad para la representación del Estado, en el ejercicio de políticas gubernamentales -a través de su potestad administrativa-.

Así pues, si bien parece existir en nuestro sistema legal, límites y definiciones en normas tales como la *Ley Marco del Empleo Público* - Ley N° 28175 (en adelante la "*Ley Marco*"), *Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público* - Decreto Legislativo N° 276 (en adelante la "*Ley de Carrera Administrativa*"), *Ley de la Actividad Empresarial del Estado* - Ley N° 24948; la práctica y casuística han demostrado que éstas resultan, muchas veces meramente declarativas, poco eficientes y aplicables ante las dinámicas necesidades del propio Estado.

Un claro ejemplo lo demuestra la descartada identificación de la función pública, que por su naturaleza es inherente a Órganos de Gobierno, con el régimen de la carrera administrativa regulada por el Decreto Legislativo N° 276, tal es así que el propio Estado (en los últimos diez años) se ha encargado de seleccionar e incorporar personal a través de contratos laborales con régimen privado y hasta contratos civiles, para el ejercicio de función pública; situación que tiene causas múltiples, entre las que es más notoria la de excesiva rigurosidad en el régimen de acceso o por la dificultad del régimen de salida de tales trabajadores.

La situación reconocida por el Estado, ha intentado corregirse o regularizarse mediante esfuerzos valio-

sos como la citada *Ley Marco* y el reciente *Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios - CAS*, regulado por el Decreto Legislativo N° 1057. Además de estar obligados por herramientas internacionales como la Convención Interamericana contra la Corrupción² a identificar claramente los ejecutores de función pública.

Asimismo, es de saber que este fenómeno "de apertura o liberalización" -como lo califica el MARTIN TIRADO³- no es exclusivamente peruano (aunque aquí es especialmente crítico), como lo demuestra la doctrina española, citada por el referido experto:

"Desde los años setenta la decadencia económica de las democracias occidentales y el convencimiento de que el crecimiento económico era más lento en función de los altos niveles de déficit público han provocado restricciones del gasto que han redundado en la disminución del número de empleados públicos, considerados más caros e ineficaces que los de sector privado y en la búsqueda en éste sector de las claves de la buena gestión" SILVIA DE SAZ. Contrato laboral y Función Pública, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1995, pag 8.

En el mismo sentido afirma PARADA⁴:

"Pero la función pública y el régimen laboral son materias movilizadas y fluctuantes en donde lo que hoy es un elemento diferencial entre una y otra, mañana puede dejar de serlo o estar en transe de desaparición."

Al tema general debe anotarse que la materia se hace compleja en países en desarrollo como el Perú dado el gran dinamismo en la demanda de personal por parte de las entidades -y empresas- para alcanzar sus objetivos, dado que el componente humano acompaña y participa de manera esencial en los proyectos estatales mediatos e inmediatos, con consideraciones presupuestales y hasta políticas.

Para poner una cuota histórica en nuestra realidad basta recordar que a principios de la década de los noventa al crearse -vía reforma del Estado- diversos órganos descentralizados altamente tecnificados, se

2 La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por organización de los Estados Americanos en Caracas, Venezuela, en marzo de 1996

"Artículo I

Definiciones

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

"Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

"Funcionario público", **"Oficial Gubernamental"** o **"Servidor público"**, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos."

3 MARTIN TIRADO, Richard *"El Ejercicio de la función pública y su vinculación con los sistemas de contratación del personal al servicio del Estado"*, en: *Diálogo con la Jurisprudencia* Vol. 12 N° 95, Agosto 2006.

4 PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II Organización y Empleo Público* Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 2000, p. 398.

recurrió a la desnaturalización de la relación laboral pública para convocar cuadros idóneos y alejados de las taras de los funcionarios públicos.

En ese sentido, y sin perjuicio de reconocer la necesidad de un estudio profundo del tema en general, ya en materia específica, resulta necesario efectuar un análisis entorno a la categoría jurídica (tanto a nivel de naturaleza jurídica como normativa) respecto a los trabajadores de las empresas de propiedad del Estado⁵, considerando lo establecido por la *Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - Ley N° 28158* (en adelante la "LOPE") y los diversos cuerpos normativos que regulan los Sistemas Estatales vigentes.

Finalmente, es preciso indicar que la premisa estructural de este artículo, radica en afirmar que dichos trabajadores no son Empleados Públicos, en ninguna de sus categorías y subcategorías (Funcionarios Públicos, Empleados de Confianza y Servidores Públicos), -a pesar de su inclusión específica en regímenes de control administrativo y penal- Las cuales de acuerdo a la *Ley Marco* son:

1. Funcionario Público: *Aquel que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser:*

- a) *De elección popular directa y universal o confianza política originaria.*
- b) *De nombramiento y remoción regulados.*
- c) *De libre nombramiento y remoción.*

2. Empleado de confianza: *El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.*

3. Servidor público: *Se que clasifican en:*

- a). *Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.*

A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.

Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.

b). *Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndese por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.*

c). *Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.*

d). *De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional.*

III. LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO NO SON EMPLEADOS PÚBLICOS

3.1. El origen del problema: función pública de trabajadores contratados bajo el régimen laboral privado

Como se adelantó anteriormente, aunque la función pública es un tema teóricamente complejo, que ameritaría un estudio posterior para comprender su aplicación a la política laboral (de contratación, remunerativa, disciplinaria, etc.) de los funcionarios públicos, es necesario referirnos a ella como elemento inicial.

Es claro que de tal definición de función pública podría surgir una inexacta concepción del legislador y de otras instancias del Estado; la cual trasladada al ámbito empresarial público podría identificar erróneamente una categoría de funcionario público en los trabajadores de las empresas del Estado.

En tal sentido, es útil recordar que la **función pública** en opinión del administrativista GARCIA TOMA⁶, es el:

5 Particularmente en el Perú donde no se ha terminado de materializar su privatización de principios de la década de los 90's y por el contrario se han fortalecido sindicalmente en contra de tal proceso.

6 GARCÍA TOMA, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993, Tomo II, Universidad de Lima, Fondo Editorial de Desarrollo, 1998, p. 52.

"(...) conjunto de actividades que ejercen los funcionarios y servidores del Estado, a efectos de que se verifiquen las responsabilidades asignadas por la organización estatal según la Constitución y las leyes, así como las políticas de la élite gobernante".

En el mismo sentido GUERRA CRUZ⁷ afirma que:

"(...) es imposible hasta el momento, hablar de un Estado sin Gobierno, como de un Gobierno sin funcionarios. Los Funcionarios asumen y personifican el Poder del Estado y por ende, se presentan como Estado mismo."

Y en el mismo sentido adiciona GUERRA CRUZ⁸ que:

"(...) función pública es la actividad dirigida a la realización y cautela de los intereses de la nación, y la integridad del territorio. En otras perspectiva, es la acción derivada del ejercicio del poder del Estado, o simplemente de sus fines".

En la misma línea de pensamiento, el jurista RAMÓN PARADA⁹ sostiene que:

"(...) Con el término de función pública suele designarse tanto el conjunto de nombres a disposición del Estado que tienen a sus cargos las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que los encuadra"

Por otra parte, a nivel normativo, el artículo 4° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, establece un concepto de funcionario público en los siguientes términos:

"Considérese funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley"

En forma complementaria el artículo 3° del Reglamento de la Carrera Administrativa, define:

"Artículo 3.- Para efectos de la Ley, entiéndase por servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de Ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares.

En ese sentido, es posible afirmar que la **función pública** como categoría jurídica conceptual desde el punto de vista teórico está vinculada particularmente a las funciones estructurales y públicas del Estado, las cuales aún cuando puedan ser delegadas son de su titularidad; siendo dichas funciones públicas necesariamente reflejo del *poder público* o *ius imperium* del Estado en cumplimiento de sus deberes constitucionalmente establecidos, los que a su vez subyacen a la existencia de un régimen laboral público, aplicable a los **empleados públicos** (funcionario público, empleado de confianza y servidor público)

Ahora bien, teniendo claro este concepto lo lógico (e histórico) es que se creara un régimen laboral especial que contemplara tales funciones y el Estado reglamentara su ingreso, gestión, responsabilidad y salida. Así se reconoció (en el que sería el antecedente inmediato anterior) a través la *Ley de Carrera Administrativa*, que fue la que ordenó el régimen laboral del Estado durante varias décadas.

Sin embargo, a partir de la reforma del Estado peruano de la década de los noventa (fenómeno no solamente peruano), y como se comentó anteriormente el régimen de la carrera administrativa empezó a debilitarse y la administración pública empezó a contratar personal para servicio del Estado a través de regímenes laborales privados y no de carrera administrativa. Es decir, se tornó común que dentro de los organismos y entidades del Estado existan trabajadores contratados bajo el régimen laboral privado que ejercen funciones públicas.

Sin embargo, la confusión (que en la práctica se generalizó) terminó por divorciar definitivamente la necesaria relación inicial entre **funcionario público** y **carrera administrativa**, con lo cual ya no resultó indispensable tener "carrera administrativa" o ser "funcionario público" para ejercer el poder público.

Luego, esta nueva equivalencia coyuntural se trasladó a otros ámbitos de la actividad estatal como la empresarial, donde se asimiló erróneamente que la categoría jurídica de "**empleado público**" podía ejercerla un trabajador con régimen laboral privado, también podía aplicarse válidamente la vía contraria, de tal forma que la categoría de "**empleado público**" sería aplicable a otros trabajadores privados, como los trabajadores de las empresas del Estado.

Es decir; en nuestra opinión, desarrollando extensivamente el error conceptual generado, un trabajador de una empresa del Estado podría califi-

7 GUERRA CRUZ, Función Pública. El personal al servicio del Estado. Universidad Antenor Orrego de Trujillo, Fondo Editorial, p. 4.

8 *Idem.*

9 PARADA, Ramon. Derecho Administrativo, Tomo II, Organización y empleo público.

carse equivocadamente como **“empleado público (funcionario público, empleado de confianza o servidor público)”**, debido a que su contratación o régimen laboral no difiere de la de los nuevos “funcionarios públicos” o “trabajadores del Estado” que ejercen poder público.

Esto es un gran error, toda vez que, conceptualmente un trabajador de una empresa del Estado se diferencia de un empleado público (funcionario público, empleado de confianza y servidor público) por su propia naturaleza, siendo sus principales rasgos diferenciadores los siguientes:

1. Se desarrolla laboralmente en una Empresa del Estado que según el artículo 60° de la Constitución Política tiene el mismo tratamiento legal de una empresa privada, vale decir, que no tiene ninguna función administrativa.
2. Su desempeño laboral no se relaciona al ejercicio del poder público sino que se encuentra orientado a la obtención de rentabilidad empresarial por su participación en el mercado, a través del objeto social de la empresa.
3. El artículo 40° de la Constitución Política del Perú ha establecido que: *“(...) no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”*.

3.2. Las empresas del Estado son entidades públicas

El Título IV de la LOPE hace una enumeración de las sub-categorías que califican como **Entidades Públicas** del Poder Ejecutivo, enumeración en la que se encuentran las empresas de propiedad del Estado.

Sin embargo, a pesar de que el artículo 42° de la LOPE ha precisado que respecto de estas entidades públicas –empresas de propiedad del Estado que se encuentren dentro del ámbito del Gobierno Nacional- las normas sobre objetivos, organización, funcionamiento, régimen económico y financiero, régimen laboral, sistemas administrativos y evaluación se establecen observando lo dispuesto por las normas de la actividad empresarial del Estado, según corresponda, a nuestro entender dicha calificación ha generado diversas contradicciones

Tal es así que, una afirmación plenamente válida es que un rasgo inicial para distinguir a los **funcionarios públicos** de los **trabajadores de las empresas del Estado** es el medio laboral en el que desarrollan sus labores, así mientras que los primeros brindan sus servicios en entidades públicas propiamente dichas (como ministerios o embajadas) o en entidades de tratamiento empresarial (como organismos reguladores o agencias de gobierno), los otros lo

hacen en organizaciones estrictamente empresariales (PETROPERU, EGESUR, CORPAC, etc.).

Así, trabajar en una o en otra categoría de organización diferencia a sus trabajadores, ya que sus funciones obedecen a distintas razones, tal como lo demanda su empleador.

En rasgos generales mientras que una entidad pública se caracteriza por ser una organización constitutiva del Estado, dotada con funciones públicas, **una empresa viene a ser una persona jurídica independiente, distinta al propio Estado, cuyos objetivos, si bien es cierto se alinean a los objetivos del Estado –políticas sectoriales-, no son objetivos públicos sino empresariales definidos por la rentabilidad y su objeto social.**

Pensemos para ejemplificar dicha diferencia en que un accionista que desea realizar labores sociales, no opta razonablemente para tal fin, por constituir una empresa de objetivos comerciales o industriales, salvo para dotarse con sus actividades de fondos que luego avocará a sus labores sociales. Así, una empresa, a pesar de tener como dueño a un filántropo, tendrá siempre una personería jurídica independiente que por naturaleza buscará rentabilidad y enriquecerá vía su actividad comercial o industrial a su accionista. La empresa no debería por tanto ser un fin en sí mismo para el accionista, sino un vehículo para dotarse de fondos.

Adicionalmente, cabe anotar que el artículo 60° de la Constitución Política de 1993 reconoce como principio de su constitución económica, la libertad en la iniciativa privada, y su ejercicio dentro de una economía social de mercado.

Es así que, el marco constitucional se ha establecido expresamente que la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal, lo cual significa que en procura de una economía de libre competencia e iniciativa privada, el Estado no puede competir como empresario dotado de sus potestades administrativas, sino que deberá ser tratada como las demás empresas.

Por tanto, somos de la opinión que no basta que la LOPE consigne una precisión respecto a la normatividad aplicable a las “entidades públicas” denominadas empresas del Estado, pues éstas no podrían funcionar como una entidad –ejerciendo potestades públicas- y una entidad –en estricto- no puede ejercer funciones empresariales.

Finalmente, en nuestra opinión, lo que la LOPE estableció respecto a las empresas del Estado, resultó obedecer a un ánimo o fin organizador de la estructura estatal, sin embargo, éste no considero las marcadas diferencias que ameritaría un trato y división a nivel de categorías distintas por un lado las entidades públicas y por otro las empresas del

Estado. Toda vez que, cada una de dichas categorías mas que simples denominaciones constituyen categorías jurídicas con contenido propio cuyos elementos esenciales son efectivamente la *función pública* o *ius imperium* del Estado y el desarrollo de una actividad empresarial con objetivos orientados a la maximización de la rentabilidad, respectivamente..

3.3. Los trabajadores de las empresas del Estado no desempeñan función pública o potestades administrativas

Expuesta la primera razón, afirmar que los trabajadores de las empresas del Estado no son funcionarios públicos es una consecuencia natural, así mientras un funcionario público debe ejercer sus labores orientadas a la función pública de la entidad u organismo a la que pertenece, los trabajadores de las empresas brindarán sus servicios para que su empresa empleadora obtenga beneficios empresariales ordinarios, como cualquier empresa privada.

Dicha diferenciación, es el resultado de lo regulado en el la Constitución Política, que a su tenor establece en su artículo 40°:

Artículo 40°.- Carrera Administrativa
 "(...) No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta (...)."

A continuación, para una mejor explicación, desarrollamos los tres supuestos o clasificaciones que la norma ha establecido para los Empleados Públicos y porque ninguna incluiría a los trabajadores de las empresas del Estado:

a) Respeto de su calificación como Funcionario Públicos:

Al respecto, es preciso señalar que, considerando lo dispuesto por la *Ley Marco*, los trabajadores de las empresas de propiedad Estado sujetos al **régimen laboral de la actividad privada**-, no pueden ser clasificados dentro de esta categoría, toda vez que su labor ordinaria no incluye la realización de funciones de preeminencia política o el desarrollo directo de políticas del Estado.

b) Respeto de su calificación como Empleados de Confianza:

Asimismo, considerando que la *Ley Marco* ha definido esta categoría como aquellos trabajadores que desempeñan cargos de confianza, técnicos o políticos, distintos al del funcionario público, y se encuentran en el entorno de quien los designa o remueve libremente,

no resulta correcto clasificar a los trabajadores de las empresas del Estado, en dicha categoría, toda vez que, si bien dentro de éstas existen trabajadores de confianza -cuya relación de trabajo es calificada como tal en virtud a las funciones o prestaciones que realizan¹⁰, éstos no se encuentran sujetos a un **régimen de designación**.

c) Respeto de su calificación como Servidores Públicos:

Sobre esta categoría, es preciso acotar que si bien la *Ley Marco*, ha clasificado a los servidores públicos en cuatro sub categorías, definiendo cada una de ellas en virtud a sus funciones, también, dispuso en su segunda disposición transitoria y final que dentro de los ciento veinte días de su publicación, el Poder Ejecutivo remitiría al Congreso de la República la propuesta legislativa de la **Ley de carrera administrativa de los servidores públicos**.

Sin embargo, siendo que hasta la fecha la citada **Ley de la carrera del servidor público** no ha sido promulgada, continua vigente el Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (en adelante la "*Ley de Carrera Administrativa*").

Ahora bien, el artículo 1° de la *Ley de Carrera Administrativa* establece que la **Carrera Administrativa** es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los **servidores públicos** que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública, la cual se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según sus calificaciones y méritos.

Y, de forma congruente con la Constitución, el artículo 2° de la *Ley de Carrera Administrativa* delimitó de manera negativa su ámbito de aplicación, señalando que:

"Artículo 2°. No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.

No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las

10 Resultándole de aplicación a los trabajadores de confianza de aplicación el Régimen Laboral de a actividad privada, regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Labora – Decreto Supremo N° 003-97-TR.

empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica". (el resaltado es nuestro).

En consecuencia, es preciso afirmar que en el ámbito de aplicación de la *Ley de Carrera Administrativa*, es posible identificar dos supuestos que no se encuentran excluidos de manera expresa:

En consecuencia, en el marco de la lógica del modelo constitucional y de sus principales normas de desarrollo sería teóricamente seguro afirmar que no es posible equiparar directa, ni indirectamente a través de una disposición de alguna índole, dos condiciones laborales que son distintas, más aún cuando la diferencia esta establecida constitucional y legalmente.

Sin embargo, como veremos en adelante, nuestro sistema legal presenta serias contradicciones producto de una legislación poco sistemática lo que requiere una urgente reorganización, guiada por líneas matrices y normas coherentes con los términos constitucionales.

IV. CONTRADICCIONES LEGALES Y AGENDA PENDIENTE PARA UNIFORMIZAR EL SISTEMA LABORAL EN LAS EMPRESAS DEL ESTADO

4.1. La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo

Ahora bien, una aparente contradicción a esclarecer es la que se provoca al intentar una interpretación sistemática de la *Ley Marco* en su artículo III del Título Preliminar y la *LOPE* en su Título IV.

Así, el primero de los dispositivos citados -*Ley Marco*- regula el ámbito de aplicación de la norma, estableciendo que regula los servicios personales, subordinados y remunerados entre una **entidad de la administración pública** y un **empleado público**, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, así como, la parte orgánica y funcional de la gestión del *Empleo Público*. El referido artículo establece que para efectos de la ley, se califica como **entidad de la administración pública**, entre otros, el Poder Ejecutivo, en el cual se encuentran comprendidos: ministerios, organismos públicos descentralizados, proyectos especiales, y en general, cualquier otra entidad perteneciente a dicho Poder.

Por su parte la segunda norma -*LOPE*- hace una enumeración de las sub-categorías que califican como Entidades Públicas del Poder Ejecutivo, enumeración en la que se encuentran las empresas de propiedad del Estado.

En tal sentido, desde una aproximación literal se podría sugerir de manera general que al ser las empresas del estado calificadas por la *LOPE* como entidades públicas, entonces sus trabajadores se deberían regir por la *Ley Marco*, lo cual contradice toda

la construcción argumentada en este artículo que concluyó categóricamente que los trabajadores de las empresas del Estado no son empleados públicos en ninguna de sus categorías: funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos

Esta idea poco elaborada encuentra eco en una idea popular de grave simpleza, por la que se afirma que si una empresa es del Estado, entonces su personal debe ser **empleado público**, comúnmente servidor del Estado o funcionario público, sin que se repare en que las consecuencias de su labor así desarrollada sería inconsistente con el modelo económico establecido constitucionalmente.

Afortunadamente esta contradicción es resuelta por la propia norma varios artículos más adelante y con una referencia a la *Ley de Carrera Administrativa* - Decreto Legislativo N° 276 aún vigente.

En tal sentido, el artículo 42° de la *LOPE*, ha precisado que respecto de estas entidades públicas —empresas de propiedad del Estado que se encuentren dentro del ámbito del Gobierno Nacional- que las normas sobre objetivos, organización, funcionamiento, régimen económico y financiero, régimen laboral, sistemas administrativos y evaluación se establecen observando lo dispuesto por las normas de la actividad empresarial del Estado, según corresponda.

A mayor abundamiento, tal como lo hemos señalado el artículo 2° de la *Ley de Carrera Administrativa* estableció de manera negativa su ámbito de aplicación, señalando de manera expresa, en dos niveles, a quiénes: (i) por un lado, no se encuentran comprendidos en la Carrera Administrativa, pero si en las disposiciones que le resulten aplicables, y; (ii) por otro lado, de manera totalmente excluyente a los que no solamente no se encuentran comprendidos en la Carrera Administrativa, sino que no están comprendidos en ninguna de las disposiciones del decreto que la regula; es decir, a los que no les resulta aplicable ninguna de las disposiciones de la Ley de Carrera Administrativa. Tal disposición se puede esquematizar de la siguiente manera.

- (i). No comprendidos en la Carrera Administrativa, pero sí resultan aplicables algunas disposiciones:
 - Los servidores públicos contratados.
 - Los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.
- (ii). No comprendidos en la Carrera Administrativa, ni en ninguna disposición del decreto que regula la Carrera Administrativa:
 - Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.
 - Los **trabajadores de las empresas del Estado** o de sociedades de economía mixta, **cualquiera sea su forma jurídica**.

4.2. Las empresas del Estado de Derecho Público

La actividad empresarial del Estado, está regulada por una norma muy antigua – Ley N° 24948 (4.12.1988) que a pesar de ser expresamente derogada por el Decreto Legislativo N° 1031, en adelante Decreto Legislativo 1031, (24.06.20008), sigue vigente puesto que el citado Decreto espera aún ser reglamentado para entrar en vigencia.

Ambas normas establecen la existencia de dos grupos de empresas del Estado, entre las cuales podemos citar: (i) las empresas del Estado de derecho público (llamadas por el Decreto Legislativo 1031 “*Empresas del Estado con potestades públicas*”); y (ii) las empresas del Estado de derecho privado (llamadas por el Decreto Legislativo 1031 de “*accionariado único*” o “*accionariado privado*”). Siendo que la característica principal y exclusiva del primer grupo es que son empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones o lo que es lo mismo que gozan de atributos propios de la Administración Pública

Aquí la contradicción es evidente, ¿cómo podrían los trabajadores de las empresas del Estado –aunque sea de derecho público- supuestamente bajo régimen de la actividad privada empresarial ejercer potestades administrativas? Nótese que esta labor debería contribuir al principal objetivo de la empresa, puesto que esa potestad administrativa es su característica distintiva.

Aunque la materia no está resuelta, una realidad que haría pacífica o de poco efecto la contradicción, es la casi nula existencia de empresas de tales características, por ahora en el ordenamiento sólo FONAFE y el BANCO DE LA NACIÓN. Por su parte FONAFE con la misión de normar y dirigir la actividad del Estado (Ley N° 27170 del 9.09.1999) y el banco, proporcionar servicios bancarios a todas las entidades del sector público (Ley N° 16000 del 28.01.1966).

Asimismo, otra explicación que hace relativa la contradicción es que no todas las actividades de tales empresas se realizan en el ejercicio de una potestad administrativa, por ejemplo en FONAFE la realización de Juntas Generales de Accionistas para sus empresas o la preparación de directivas en su calidad de accionista, se realizan como lo haría cualquier propietario de acciones privado. De la misma forma en el Banco de la Nación existen labores propias de cualquier banco del sector financiero privado.

4.3. Los procedimientos administrativos en las empresas del Estado

Otra contradicción la constituyen los procedimientos administrativos que se aplican en las empresas del Estado, tanto de derecho privado como de derecho público, referidas a temas puntuales como contratación administrativa, de acuerdo a las normas de compras y adquisiciones del Estado – Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, normas de transparencia Ley N° 27806 y otras referidas a los servicios públicos (este caso no es polémico puesto que hay una delegación inclusive en los concesionarios privados de tales servicios).

Aquí la contradicción es nuevamente evidente, contradicción que deja una cuestionable respuesta positiva a la pregunta de: cómo podrían los trabajadores de las empresas del Estado supuestamente bajo régimen de la actividad privada empresarial ejercer potestades administrativas en los citados procedimientos administrativos.

El inciso 8 del artículo 1° del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹¹, establece expresamente que deben considerarse “entidades públicas” y por tanto bajo el ámbito de aplicación de la norma a las personas jurídicas que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado.

Asimismo, la norma citada, establece en su artículo 37°, que todas las “entidades públicas”, incluyendo por definición a las empresas que prestan servicios públicos, tienen el deber de elaborar, aprobar o gestionan la aprobación, según el caso, de su Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos - TUPA.

Para el caso específico de las empresas de propiedad del Estado cabe indicar que éstas son personas jurídicas que realizan actividades mercantiles, de servicios o industriales bajo un régimen jurídico especial. Al respecto, DROMI señala que las empresas del Estado se organizan bajo un régimen jurídico mixto, semi administrativo, y regidas alternativamente por el derecho público o por el derecho privado, según la naturaleza de sus actos¹².

Sin embargo, es preciso indicar que las empresas del Estado se caracterizan porque sus actividades se rigen en unos casos por el régimen público y otros por el privado, tal como señala MORON¹³ las empresas:

11 Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

12 DROMI Roberto. “Derecho Administrativo”, Quinta edición, Buenos Aires: 1996, p. 472.

13 MORÓN, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Tercera Edición. Gaceta Jurídica. Lima: 2004, p.53.

“(..) están sometidas, en principio, al derecho privado en todo lo que se refiere a sus actividades específicas de su giro, en sus relaciones con los ciudadanos y otros sujetos de derecho común, pero quedan sujetas al derecho público en lo que atañe a sus relaciones con la Administración (...)”

Por tanto, en principio, una empresa del Estado no queda sujeta a las normas administrativas, salvo por las siguientes consideraciones: i) En sus relaciones con determinadas entidades o de la Administración Pública; ii) Aspectos administrativos específicos de su actividad (por ejemplo, contrataciones y adquisiciones); iii) En la medida que asuman alguna actividad administrativa por encargo legal (por ejemplo, labores de fiscalización de inversión privada, administración de algún registro público); iv) Si han recibido un servicio o función pública, en vía de autorización o concesión, limitadamente a esta actividad, supuesto descrito en el numeral 8 del artículo 1° de la Ley N° 27444¹⁴.

En tal escenario, la contradicción parecería ser resuelta por el numeral 8 del artículo 1° de la Ley N° 27444, que evidencia que la función administrativa no es privativa de los estamentos estatales sino que concurren en su ejercicio también entidades privadas –y por tanto por ejemplo EMPRESAS DEL ESTADO–, como aquellas que desarrollan servicios públicos propios (indirectos) mediante concesión, delegación de atribuciones y algunos otros que desarrollan servicios públicos impropios (educación, colegios profesionales, etc.); por tanto, la aplicación de la norma a los privados es un reflejo de la titularidad del Servicio Público que permanece en el Estado.

4.4. El Sistema Nacional de Control

El Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República como ente técnico rector de dicho Sistema, tiene como objeto propender al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación.

Sin embargo, cabe la interrogante si los trabajadores de las empresas del Estado, los cuales no son Empleados Públicos, en ninguna de sus categorías

(Funcionarios, Personal de Confianza y Servidores Públicos) deberían estar sujetos directamente a las disposiciones contenidas en dicho Sistema de Control, o no es más bien que son la Entidades –empresas del Estado– las que deberían estar sujetas y los trabajadores a las reglas internas de trabajo y las establecidas en sus respectivos contratos de trabajo (celebrados bajo el Régimen del Decreto Legislativo N° 728).

Al respecto somos de la opinión que tales exigencias, deberían en principio tener como base la naturaleza de la función y de las categorías jurídicas aplicables, pues justamente un tratamiento indistinto genera equivocaciones conceptuales y muchas veces una mala praxis legislativa.

4.5. Implicancias de orden penal

Sobre este punto, es preciso señalar que el ordenamiento penal ha establecido un listado taxativo de personas que están comprendidas en la función pública a efectos de la tipificación de delitos, comprendiendo legislativamente a los trabajadores de las empresas del Estado.

Sin embargo, cabe formularnos una interrogante: no son estos tratamientos indistintos los que originan una degeneración de las categorías jurídicas establecidas, pues si la norma penal tiene como finalidad equiparar las conductas delictivas de un empleado público con las de un trabajador de empresa estatal, lo mínimo que podría efectuar es hacer una correcta redacción a fin de que no se transgreda categorías jurídicas establecidas, que guardan relación con principios teleológicos dentro del Sistema Jurídico peruano, pues de lo contrario a nivel de legislación se genera un desorden conceptual; que a su vez origina gruesos problemas, no solo para los aplicadores del Derecho, sino para los generadores del mismo, que nos alejan del objetivo de maximización del Sistema Público.

Anotemos que lo mínimo que podría hacer la norma penal es hacer un correcto uso de la categorías jurídicas al momento de la tipificación de los delitos, toda vez que en lo sustancial discrepamos se equipare las conductas delictivas de un empleado público con las de un trabajador de empresa estatal, ya que; si bien dichas disposiciones tienen como fundamento dar un trato específico con criterios disuasivos a aquellos que ejercen actos de poder, la prestación laboral de un trabajador de empresa del Estado no resulta sinónimo de ejercicio del *ius imperium*, por lo que dicha equiparación podría resultar en alguna medida poco sostenible, mas aún cuando éstos se encuentran sujetos al régimen de la actividad privada y sujetos a las normas penales comunes a todos los trabajadores a dicho régimen,

14 Ibid, p. 54.

pues el colocar dicha equiparación, que no tiene elementos fácticos, significaría una carga no proporcional, ni razonable a la labor que desempeñan, tratamiento que sí se encuentra justificado en los empleados públicos, toda vez que estos ejercen funciones públicas, las cuales sí tienen un mayor riesgo de ser orientadas hacia intereses particulares con efectos plenamente concretos respecto de los recursos del Estado.

En ese sentido, al no existir causa objetiva en dicha equiparación -y más bien por lo antes señalado a nuestro criterio lo contrario- dicho tratamiento atentaría contra el contenido esencial del derecho al trabajo en igualdad de condiciones, pues al respecto es preciso citar lo indicado por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00027-2006-Pl:

*“Con relación a la Igualdad, este Colegiado se ha pronunciado indicando que “(...), la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, **siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables**”. (el resaltado es nuestro)*

4.6. Con relación a los ingresos máximos

Reseña especial merecen los casos de iniciativas legislativas históricamente conocidas y que se repiten periódicamente, referidas a variar por mandato público las supuestamente ventajosas condiciones singulares en materia remunerativa y de beneficios, de trabajadores de empresas del Estado, cuya señal más clara se evidenció con la *Ley de Ingresos máximos en el sector público*, que se aplicó de forma supuestamente voluntaria entre los altos funcionarios de las empresas del Estado.

No es difícil reconocer a estas alturas del análisis que -en nuestra opinión- los límites de remuneraciones y eventuales recortes remunerativos dispuestos por los citados Proyectos de Ley pueden ser considerados inconstitucionales; debido a que obliga a las entidades del sector público sujetas al régimen de la actividad privada a suspender el reconocimiento y pago de los beneficios laborales que venían otorgando a sus trabajadores, ya sea por costumbre, disposición legal o negociación (entiéndase incluida la negociación colectiva) vienen otorgando.

De esta manera, conforme a dicho análisis preliminar, se estarían vulnerando los artículos 23°, 24°, 26° y 28° de la Constitución Política que señalan lo siguiente:

“Artículo 23°.- (...)

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

“Artículo 24°.- (...)

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (...).”

“Artículo 26°.- (...)

En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (...).”

“Artículo 28°.- (...)

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga (...) 2. Fomenta la negociación colectiva (...) La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que cualquier modificación ocasionada por los citados Proyectos de Ley podrían vulnerar contratos de trabajo ya suscritos, con lo cual se vulneraría directamente el artículo 62° de la Constitución Política que establece:

“Artículo 62°.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...).”

Finalmente, respecto a los efectos de los citados Proyectos de Ley cabe mencionar que en la práctica, el aspecto remunerativo de los trabajadores de las empresas del Estado determina que éstos presten sus servicios a la empresa, potenciando de acuerdo a su calidad, la competitividad de las empresas en el mercado y sus buenos resultados económicos y a contrario, su alejamiento perjudica su gestión y ganancias, sobretodo si deciden migrar hacia otras empresas del sector privado.

Perdiéndose el valioso factor de especialización, e incluso haciendo poco o casi nada factible la capacitación y especialización de los trabajadores de las empresas del Estado, porque las normas sobre las cuales se consolidarían las políticas remunerativas, lejos de incentivar la permanencia y especialización, generarían altos índices de movilidad laboral, que

a priori no es algo negativo o reprochable, toda vez que es la persona en ejercicio de su derecho al trabajo el que decide optar por una u otra alternativa que ofrece el mercado laboral, sin embargo; lo no acertado, en nuestra opinión, es el hecho de que -ante tales restricciones normativas como las esgrimidas en el referido Proyecto de Ley- las empresas del Estado no serían núcleos generadores de trabajo.

Mención especial merece la labor de FONAFE, entidad a cargo del control presupuestario de las empresas del Gobierno Central, dado que esta tiene como una de sus funciones determinar la política remunerativa de los trabajadores de las empresas bajo su ámbito. Nótese a favor de nuestro argumento que esta función se ejerce en parte cumpliendo sus mandatos de creación pero principalmente en su calidad de propietario de las acciones de las empresas en cuestión, vale decir sus decisiones son adoptadas según criterios corporativos y empresariales.

Respecto a este punto, cabe señalar que la gestión de las empresas bajo el ámbito de FONAFE se declara como orientada por esa entidad a garantizar la sostenibilidad de la eficiencia y rentabilidad en el largo plazo de éstas. Así se afirma que dicha gestión se desarrolla en condiciones de competencia, sin privilegios ni restricciones.

A tales efectos, dentro del marco de gestión expuesto, la política remunerativa de los trabajadores de las empresas bajo el ámbito de FONAFE se encuentra regulada actualmente por la "Directiva de Gestión y Proceso Presupuestario de las Empresas bajo el ámbito de FONAFE", aprobada mediante Acuerdo del Directorio de FONAFE N° 001-2004/001-FONAFE de fecha 12 de Enero de 2004, la misma que en su numeral 5.3 dispone lo siguiente:

"5.3 Remuneraciones y otros ingresos de origen laboral.

5.3.1. Las escalas de las políticas remunerativas de las Empresas son aprobadas y modificadas por acuerdo del Directorio de FONAFE.

5.3.2. En el marco de las normas vigentes, las Empresas podrán:

a) Otorgar incrementos remunerativos, teniendo como límite los topes establecidos en las escalas de las políticas remunerativas vigentes.

b) Otorgar nuevos, mayores o mejores beneficios sociales, condiciones de trabajo, asignaciones, bonificaciones, gratificaciones o cualquier otro beneficio laboral.

5.3.3. Para la aplicación de lo establecido en los literales a) y b) del numeral precedente, las Empresas requieren necesariamente:

a) Contar previamente con presupuesto aprobado por FONAFE.

b) Contar con la justificación económica que garantice su financiamiento y no afecte la gestión operativa de la Empresa.

5.3.4. El otorgamiento de nuevos, mayores o mejores beneficios sociales, condiciones de trabajo, asignaciones, bonificaciones, gratificaciones o cualquier otro beneficio laboral al personal de confianza y de dirección de las Empresas deberá ser aprobado previamente por FONAFE, salvo en los casos que dicho otorgamiento se derive de una disposición legal.

5.3.5. El incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 5.3 será responsabilidad del Directorio, Gerente General y los funcionarios de la Empresa que participen de dicha acción y será comunicado a la Contraloría General de la República."

Igualmente, la referida Directiva regula en el literal o) de las Definiciones Básicas el Tope de Ingresos Máximos Anuales (TIMA) que podrán percibir los trabajadores de las empresas bajo el ámbito de FONAFE:

"o) Tope de Ingreso Máximo Anual - TIMA: Es el monto total máximo anual de ingresos que puede percibir un trabajador de una determinada Empresa. Los conceptos comprendidos en el TIMA son: remuneraciones, gratificaciones, bonificaciones, compra de vacaciones, quinquenios, asignaciones, compensación por tiempo de servicios (CTS) y cualquier otro concepto remunerativo afín o similar de libre disponibilidad que perciba el trabajador, incluyendo aquellos beneficios que se paguen al trabajador, aun cuando éstos no tengan carácter remunerativo. Los bonos derivados de los Convenios de Gestión y la participación de utilidades de ser el caso, no son conceptos comprendidos en el TIMA. La suma total de los ingresos anuales percibidos por un trabajador por conceptos comprendidos en el TIMA no podrá superar el TIMA establecido para la Empresa."

V. CONCLUSIONES

1. Es posible afirmar que la **función pública** como categoría jurídica conceptual desde el punto de vista teórico está vinculada particularmente a las funciones estructurales y públicas del Estado y son necesariamente reflejo del poder público o *ius imperium* del Estado en cumplimiento de sus deberes constitucionales.
2. Dicho ejercicio del poder o potestad pública subyace la existencia de un régimen laboral público.
3. Conceptualmente un trabajador del Estado se diferencia de un empleado público (funciona-

rio público, empleado de confianza y servidor público) por su propia naturaleza, siendo sus principales rasgos diferenciadores los siguientes:

- (i) Se desarrolla laboralmente en una Empresa del Estado que según el artículo 60° de la Constitución Política tiene el mismo tratamiento legal de una empresa privada, vale decir, que no tiene ninguna función administrativa.
 - (ii) Su desempeño laboral no se relaciona al ejercicio del poder público, sino que se encuentra orientado a la obtención de rentabilidad empresarial por su participación en el mercado, a través del objeto social de la empresa.
 - (iii) El artículo 40° de la Constitución Política del Perú ha establecido que: *“(...) no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”*.
4. Sin embargo, existen contradicciones de forma de orden legislativo que dejan una cuestionable respuesta positiva a la pregunta de: cómo podrían los trabajadores de las empresas del Estado supuestamente bajo régimen de la actividad privada empresarial ejercer potestades administrativas en los citados procedimientos administrativos, contradicciones que tienen origen en el tratamiento que diversos sistemas públicos les dan a los trabajadores del Estado.
 5. Finalmente, consideramos que dichas contradicciones pueden ser resueltas desarrollando una política legislativa sobre la base de lo establecido constitucionalmente para la actividad empresarial del Estado, así como el derecho las personas a satisfacer un interés legítimo como lo es el derecho al trabajo en igualdad de condiciones, con límites razonables y proporcionales sólo a la naturaleza de su prestación laboral. CA