

Javier Neves Mujica*

244 Principales objeciones al contrato administrativo de servicios

1. El reparto de la regulación del trabajo por cuenta ajena

El trabajo productivo y por cuenta ajena, esto es, el que un individuo brinda a otro, por encargo de éste, a cambio de una retribución, estuvo regulado por el Derecho Civil, ya fuera cumplido en régimen de autonomía (el deudor de trabajo dirige su propia prestación), ya lo fuera en régimen de subordinación (el acreedor de trabajo dirige la prestación del deudor). Las figuras utilizadas para regularlo eran el arrendamiento de obra y el de servicios, respectivamente¹.

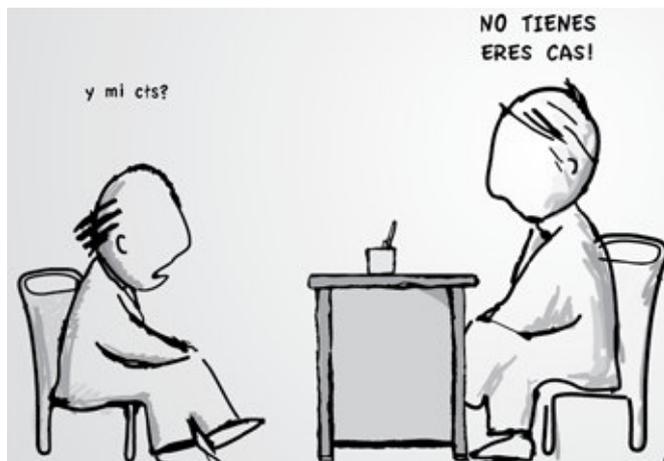
Al estar sometidas dichas figuras al Derecho Civil y, por tanto, a sus criterios de igualdad y libertad formales entre los contratantes, el arrendamiento de servicios condujo a una situación de extrema explotación. La sublevación de los trabajadores frente a ella y su movilización organizada condujo a la ruptura de este contrato con el Derecho Civil y a su transformación en contrato de trabajo. El Derecho del Trabajo se conformó entonces para regular el trabajo productivo y por cuenta ajena en régimen de subordinación, así como todas las relaciones surgidas de él.

Desde entonces ha operado un reparto generalizadamente aceptado: la regulación del trabajo autónomo corresponde al ordenamiento civil (mediante los contratos de locación de servicios y de obra) y al mercantil (a través de los contratos de agencia, comisión y corretaje); y la del trabajo subordinado, al ordenamiento laboral (por medio del contrato de trabajo).

Producida y admitida esta distribución, podríamos construir la siguiente regla: inclusión tácita, exclusión expresa. En otras palabras, toda vez que tengamos una prestación personal, subordinada y remunerada de servicios deberemos considerarla tácitamente incluida en el ordenamiento laboral, salvo cuando fuera expresa-

* Profesor Principal de la Universidad Católica. Ex Decano de su Facultad de Derecho y ex Ministro de Trabajo.

¹ Un estudio en profundidad acerca de este proceso y sus conceptos fundamentales se encuentra en: Sanguinetti Raymond, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios*. Lima, Gaceta Jurídica, 2000.



“No puede concebirse sino como un retroceso, que se sustraiga una porción de trabajadores del ordenamiento laboral (...) para entregárselos al derecho administrativo.”

mente excluida por una ley, cuya constitucionalidad sería necesario evaluar con especial detenimiento.

El único campo en el que la controversia se retrasó varias décadas fue el del sector público. Para la tesis unilateralista la relación entre el Estado y el servidor está sujeta al Derecho Administrativo y caracterizada por la absoluta supremacía del primero sobre el segundo, el que constituye, regula y extingue el vínculo mediante sendos actos unilaterales². Esta tesis se consolidó entre nosotros con la dación de la Ley 11377 (Estatuto y Escalafón del Servicio Civil), de 1950. Sintomáticamente, prohibía a los trabajadores públicos organizarse en sindicatos. Fue abandonada y reemplazada por la tesis contractualista, gracias a la Constitución de 1979 y al Decreto Legislativo 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público), de 1984. Para esta tesis la naturaleza pública del empleador no es suficiente para sustraer una prestación de servicios personal, subordinada y remunerada del ordenamiento laboral, aunque pueda sujetársele a un régimen diferente al común, aplicable a los trabajadores de la actividad privada. Los derechos colectivos ingresaron así al catálogo de derechos laborales de los trabajadores públicos. Esta posición es la que ha imperado en nuestro sistema jurídico desde entonces, incluso con una tendencia a regular cada vez más a los trabajadores públicos por el ordenamiento de la actividad privada.

2. El contrato de servicios no personales

Durante el régimen de Fujimori se cometieron innumerables atropellos contra los trabajadores, muchos

de los cuales fueron materializados mediante normas, especialmente en el ámbito del sector público. El más grave de ellos fue el despido masivo de trabajadores, tanto de la Administración Pública como de diversas entidades estatales. La modalidad empleada en el primer caso consistió en someter a los trabajadores a evaluaciones semestrales. Si no se presentaban o eran desaprobados, se les cesaba por excedencia³. Las pruebas, por cierto, no eran idóneas para los diferentes puestos⁴. En el segundo caso, se autorizó a dichas entidades a realizar programas de racionalización de personal, con incentivos o sin ellos, que se concretaban con la presentación de una solicitud a la Autoridad Administrativa de Trabajo, que esta aprobaba de manera expresa o ficta⁵. La violación al derecho de estabilidad laboral, consagrado en el artículo 48 de la Constitución de 1979 entonces vigente, resultaba flagrante: sin que una autoridad imparcial comprobara la causa invocada y en un procedimiento desprovisto de garantías, se permitía el despido del trabajador.

Por esas vías –se estima– perdieron su empleo más de cien mil trabajadores estatales. Las consecuencias fueron funestas para el Estado y para la sociedad en un doble nivel: de un lado, los regímenes democráticos que siguieron al de Fujimori han tenido que reparar a las víctimas de tales vulneraciones, lo que se ha venido efectuando a través de las cuatro listas de ceses colectivos, configuradas mediante trámites engorrosos, plagados de errores e irregularidades; y, del otro, el propio régimen de Fujimori –y también los siguientes– tuvieron necesidad de reemplazar a muchos de los despedidos, en un escenario normativo en el que se prohibía por las Leyes de Presupuesto la contratación de personal, para lo

2 En el Perú la investigación más completa sobre esta materia está en: Balbín Torres, Edgardo. Unilateralismo y negociación colectiva en la Administración Pública. Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

3 Decreto Ley 26093. Un ensayo en similar sentido se aplicó antes en el Instituto Peruano de Seguridad Social (Decreto Ley 25636).

4 Varios Informes Defensoriales se han ocupado de esta cuestión: N° 1, 23, 82 y 88.

5 El Decreto Ley 26120, modificatorio del Decreto Legislativo 674 (Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado), fue el que reguló esta modalidad. Tuvo importantes antecedentes referidos a empresas específicas, como las Empresas de Servicio Público de Electricidad (Decreto Ley 25567) o PESCA-PERU (Decreto Ley 25715).

que utilizaron indebidamente la figura del contrato de servicios no personales para contratar justamente personas. Allí se dio inicio a una inmensa transgresión del ordenamiento, que –se estima– ha llegado a afectar a más de ochenta mil trabajadores. Prestaciones personales, subordinadas y remuneradas y, por tanto, claramente comprendidas en el ordenamiento laboral, quedaban segregadas por la utilización de un contrato de encubrimiento de naturaleza administrativa.

Negarle a quienes estaban contratados bajo la figura de los servicios no personales la condición de trabajadores y, por ende, todos los derechos laborales derivados de ella, era una manifiesta lesión a todo el articulado laboral de la Constitución anterior y actual. Se constataba la existencia de una prestación de servicios dotada de los elementos esenciales de una relación laboral, a la que –sin embargo– se le excluía del ordenamiento laboral por medio del empleo de un contrato administrativo. Realidad contra apariencia y, por consiguiente, espacio natural para la aplicación del principio de la primacía de la realidad. Plá Rodríguez lo define en los siguientes términos: “El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”⁶ Así lo entendieron el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en sus fallos reiterados y uniformes, que –por ello– constituyeron una jurisprudencia.

Al respecto, sostuvo el Tribunal Constitucional en su sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público⁷: “...la subsistencia de diferentes regímenes legales de contratación del empleado público ha generado la cantidad de 60,000 trabajadores públicos administrativos que se desempeñan en la modalidad de servicios no personales, con contratos que vencen cada dos o tres meses, sin seguridad social, ni CTS, ni vacaciones, situación que no puede ser tolerable en un Estado Democrático y Social de Derecho” (Fundamento 2). Asimismo, –en uno de sus numerosos pronunciamientos recaídos en procesos de amparo⁸– precisó que deberá “determinar qué tipo de relación hubo entre la demandante y la SBLM, esto es, si hubo una relación laboral encubierta o una verdadera relación civil, para efectos de aplicar el principio de la primacía de la realidad y, a partir de allí, considerar los contratos civiles como contratos de trabajo de duración indeterminada” (Fundamento 8). Señaló

que por Memorando Múltiple “se acredita que la SBLM le impartía órdenes, ya que mediante este documento le recordó cuál era su horario de refrigerio y que en caso de incumplimiento sería excluida de la SBLM” (Fundamento 58). Concluyó: “habiéndose determinado que la demandante –al margen de lo consignado en el texto de los contratos de servicios no personales suscritos– ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil” (Fundamento 59).

El Decreto Legislativo 1057 y su Reglamento, que introducen el contrato administrativo de servicios, disponen –en la Cuarta Disposición Complementaria Final del primero y la Primera Disposición Complementaria Transitoria del segundo– que: “Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento, por contratos celebrados con arreglo a la presente norma”. De este modo, admiten tácitamente que los contratos de servicios no personales y de locación de servicios se han venido empleando para cubrir prestaciones de servicios subordinadas, lo que refuerza la posición probatoria de los reclamantes en los procesos judiciales en los que se persigue la declaración de laboralidad del vínculo.

3. Propuestas de regularización

Durante los regímenes de Paniagua y Toledo hubo dos importantes intentos de regularizar la situación de los trabajadores sujetos a contratos de servicios no personales, ambos truncados. El primero fue la conformación de una Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública central⁹. Presentó su informe final el 15 de julio de 2001. La Comisión Multisectorial partió de una premisa (que explicará luego su conclusión): “El régimen público es de naturaleza estatutaria y se encuentra regulado por el derecho administrativo, mientras que el privado es de naturaleza contractual y está regido por el derecho laboral. Los criterios y reglas aplicables a uno y otro no son intercambiables ni pueden ser invocados o aplicados por extensión o analogía, ya que responden a prin-

6 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 243.

7 Sentencia del 12 de agosto de 2005 (Exp. N° 008-2005-PI/TC).

8 Sentencia del 6 de noviembre de 2008, recaída en el proceso de amparo seguido por Rosa Gambini Vidal contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Exp. N° 05652-2007- PA/TC).

9 Integrada por los Ministros de Trabajo y Promoción Social, Economía y Finanzas, Justicia, Educación y Pesquería, y sendos funcionarios de la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el FONAFE.

“*...cipios esencialmente diversos*” (página 13)¹⁰. Difícil imaginar una recepción más absoluta de la tesis unilateralista y, por tanto, más desencajada con nuestra Constitución y la Ley Marco del Empleo Público, para las cuales los trabajadores públicos son, sin duda, trabajadores.

De un lado, no suscita controversia que el articulado laboral de la Constitución resulta aplicable a todos los trabajadores, incluyendo los del sector público. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere a los principios y derechos colectivos en la sentencia recaída en el proceso por inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público: “*...es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo...*” (Fundamento 17); y en lo que atañe a los derechos individuales, con especial énfasis en la protección contra el despido, en una sentencia emblemática, que genera precedente vinculante, recaída en un proceso de amparo¹¹: “*...complementando la jurisprudencia constitucional en materia laboral individual, emitida en los casos derivados del régimen laboral privado..., así como en los casos vinculados al régimen laboral público, se formularán determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional...*” (Fundamento 2)¹².

De otro lado, la propia Ley Marco del Empleo Público señala que “*regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que este tenga...*” (artículo III del Título Preliminar). Asimismo, dispone que: “*Son principios que rigen el empleo público: ...8. Principios de Derecho Laboral.- Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio*” (artículo IV del Título Preliminar). Entre las fuentes de derecho en el empleo público se incluye a los convenios colectivos (numeral 9 del artículo V del Título Preliminar).

La Comisión Multisectorial cuestionó el empleo de los contratos de servicios no personales, que “no

contempla de manera equitativa un régimen de derechos y beneficios... no corresponde a ninguna categoría jurídica o específica... [y carece de] una adecuada precisión legal...” (página 21). Sin embargo, concluyó: “*Ante la falta de regulación respecto de los contratos no personales..., se hace necesaria una norma que ratifique que la contratación por servicios no personales es válida en el sector público; y que la entidad empleadora puede ejercer respecto de estos servidores todos los atributos propios de su condición de tal... pero que al mismo tiempo establezca que se someten a un régimen especial, en el que se reconocen aquellos derechos que tienen origen y rango constitucional (remuneración mínima, jornada máxima legal, descansos remunerados, etc.) o en instrumentos internacionales vinculantes para el Perú (como son los de OIT ratificados), mas no los que provienen de la normativa infraconstitucional*” (páginas 39 y 40). Su propuesta fue la de diseñar un nuevo contrato llamado “*administrativo de servicios*” no sujeto “*a la Ley de Bases ni a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral*” (página 56). Sus rasgos son los que inspiraron al Decreto Legislativo 1057, con importantes diferencias que resaltaremos después.

El segundo intento estuvo constituido por la dación de la Ley Marco del Empleo Público. En su Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final estableció: “*Los contratados y los que prestan servicios por la modalidad de no personales que tengan vínculo vigente, podrán postular a las plazas que se convoquen de acuerdo a lo dispuesto en la presente Ley, otorgándoseles una bonificación en el puntaje proporcional a los servicios prestados a la administración pública, en caso de que empataran en la calificación con otro u otros*”. Dicha ley debió ser seguida de cinco leyes de desarrollo, idea que luego se sustituyó por la de integrarlas todas en una sola Ley General del Empleo Público, que el Congreso no ha aprobado hasta ahora. Se trataba de unificar los tres regímenes de prestación de servicios que existían en el Estado: el del sector público, el de la actividad privada y el de servicios no personales, los dos primeros comprendidos en el ordenamiento laboral y el tercero no, en un solo régimen laboral de naturaleza pública. Esta iniciativa iba, pues, en dirección distinta a la formulada por la Comisión Especial: se trataba de laboralizar a los trabajadores con contrato de servicios no personales, reconociendo en el derecho la calidad que tenían en los hechos.

10 No obstante, luego relativiza su aseveración. Así: “El carácter estatutario de la relación de empleo público no es obstáculo para la aplicación de principios o criterios y aun normas de derecho del trabajo a los servidores del Estado” (página 14). También: “El servidor público no disfrutaba de libertad de contratación, disponiendo el Estado-empleador de una amplísima potestad unilateral... Hoy esta situación no se mantiene...” (página 16).

11 Sentencia del 28 de noviembre de 2005, recaída en el proceso de amparo seguido por César Baylón Flores contra EPS EMAPA Huacho S.A. (Exp. N° 0206-2005-PA/TC).

12 Ver, asimismo los Fundamentos 3 y siguientes para el régimen laboral de la actividad privada y 21 y siguientes para el del sector público.

4. El contrato administrativo de servicios

La introducción del contrato administrativo de servicios se ha efectuado mediante el Decreto Legislativo 1057 (27/6/08), en adelante llamado la Ley, que fue reglamentado por el Decreto Supremo 075-2008-PCM (24/11/08), en adelante llamado el Reglamento. Sus principales mandatos son los siguientes:

- a) Puede utilizarse por cualquier entidad del Estado, salvo las empresas (artículo 2 de la Ley).
- b) Figura excluida del régimen laboral público o privado y sometida al Derecho Administrativo (artículo 3 de la Ley).
- c) Contrato de duración determinada y renovable indefinidamente (artículo 5 de la Ley).
- d) Reconocimiento de ciertos derechos: remuneración mínima, jornada máxima semanal de 48 horas, 24 horas de descanso semanal, vacaciones de 15 días anuales, salud y pensiones (artículo 6 de la Ley y Primera Disposición Complementaria y Final del Reglamento).
- e) Prestación no es autónoma (artículo 7 y Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley).

ca, con la introducción de un concepto formulado en negativo, que no es sino el sinónimo de la subordinación: “Los funcionarios o servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, incurrir en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que originen al Estado” (artículo 7 de la Ley). El propósito de este deliberado enredo no puede ser otro que el de pretender deslaborar la relación. El concepto de “no autonomía” carece de antecedentes doctrinarios o jurisdiccionales e, incluso, no se le utiliza en el informe final de la Comisión Multisectorial.

5.2 ¿Prestaciones personales, subordinadas y remuneradas sometidas al Derecho Administrativo?

Al inicio de este artículo mencionamos que había operado un reparto en la regulación del trabajo por cuenta ajena, de modo que al ordenamiento laboral se le atribuyó la del trabajo subordinado. Esa atribución debió compartirla por un tiempo, en el que imperó la tesis unilateralista del empleo público, con el ordenamiento administrativo: los trabajadores del sector público regidos por el ordenamiento administrativo y los de la actividad privada por el laboral. Pero luego del descarte de tal tesis y su reemplazo por la contractualista, la atribución fue exclusiva: el ordenamiento laboral regula el trabajo subordinado, aunque pueda hacerlo a través de regímenes diferentes para trabajadores del sector público y de la actividad privada.

Los trabajadores que tuvieron contratos de servicios no personales estuvieron indebidamente sometidos al Derecho Administrativo, cuando en verdad –ya hemos citado algunas ejecutorias representativas del criterio de los organismos jurisdiccionales al respecto– les correspondía el Derecho del Trabajo, en aplicación del principio de la primacía de la realidad. Ahora que se van a transformar sus vínculos a contratos administrativos de servicios, seguirán sujetos a aquel ordenamiento. No puede sino concebirse como un retroceso que se sustraiga una porción de trabajadores del sector público al ordenamiento laboral, al que realmente pertenecían (aunque formalmente no figurara así), para entregárselos al Derecho Administrativo. El retorno de la tesis unilateralista treinta años después de su superación por la Constitución de 1979.

Más allá de la disputa académica, la incorporación de trabajadores subordinados al ordenamiento administrativo no sería tan notoriamente inapropiada

248

5. Principales objeciones al contrato administrativo de servicios

5.1 ¿Servicios “no autónomos”?

La doctrina concuerda en que el trabajo por cuenta ajena puede prestarse en relación de subordinación o de autonomía. Ya hemos dicho que la regulación del primer tipo corresponde al Derecho del Trabajo y la del segundo al Derecho Civil o Mercantil. Es cierto que la frontera entre un concepto y otro a veces es difusa, por lo que se requiere una especial atención judicial para resolver las llamadas zonas grises, a partir de la valoración de los factores presentes en cada caso concreto. Pero no existe entre dichos conceptos uno tercero llamado “no autonomía”. El vínculo que no es autónomo, es subordinado (y viceversa). No hay otra opción. Así lo admite hasta alguno de los apologistas de la norma: “La falta de autonomía en la prestación del servicio debe entenderse como la existencia de una relación de dependencia o subordinación del prestador del servicio a la entidad pública contratante”¹³.

Por tanto, nuestro ordenamiento ha innovado la terminología aceptada por la comunidad académi-

13 MARTÍN TIRADO, Richard J. “El régimen del contrato administrativo de servicios: Nuevas soluciones para un viejo problema”. En: Soluciones Laborales. Lima, Gaceta Jurídica, N° 15 y 16, marzo y abril de 2009, pp. 63-68 y 63-67, respectivamente..

si este brindara una protección similar a la del ordenamiento laboral, lo que evidentemente no ocurre. Se consume, por tanto, una flagrante lesión de derechos fundamentales y ordinarios.

5.3 Apariencia de equiparación, realidad de exclusión

La Ley define el contrato administrativo de servicios del siguiente modo: “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...”. En este caso, la repetición del artículo 1 del anteproyecto presentado por la Comisión Multisectorial es manifiesta.

Resulta claro que la Ley pretende desconocer la naturaleza laboral del vínculo entre el trabajador con contrato administrativo de servicios y el Estado. No obstante, les otorga a dichos trabajadores algunos derechos propios del ordenamiento laboral. Por tanto, nos encontramos ante una apariencia de equiparación: a sujetos que no son trabajadores, pero cuyas condiciones socioeconómicas son semejantes a las de éstos, se les extienden algunos derechos laborales y previsionales. La realidad, no obstante, es muy diferente: a quienes en rigor sí son trabajadores se les ha excluido del ordenamiento laboral por ley expresa. A quienes deberían disfrutar de la condición de trabajadores y de todos los derechos derivados de ella, se les niega tal condición y se les reconoce solo unos pocos.

5.4 Duración determinada y renovación indefinida

El derecho de estabilidad en el trabajo opera en dos momentos: la entrada y la salida¹⁴. En el primero, se plasma en la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la de duración determinada. El mecanismo que utiliza para materializar dicha preferencia es la exigencia de causa justificada en la naturaleza de la labor a desempeñarse para que se pueda celebrar un contrato de duración determinada.

Es evidente que, en la gran mayoría de los casos, los trabajadores que antes tuvieron contratos de servicios no personales y ahora tienen contratos administrativos de servicios, realizan actividades permanentes. Por ello, en la sentencia que citamos en el punto 2 de este artículo, no se declara sólo la existencia de una relación laboral, sino además su duración indefinida.

Sin embargo, la Ley establece: “El contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable” (artículo 5). El Reglamento añade: “El contrato administrativo de servicios es de plazo determinado. La duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación; sin embargo, el contrato puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades. Cada prórroga o renovación no puede exceder del año fiscal” (artículo 5). Vínculo temporal sin labor temporal y sin límite a la renovación, constituye una grosera infracción al derecho de estabilidad laboral en su fase de entrada. La Comisión Multisectorial pareció entenderlo así, cuando se refirió en su anteproyecto al “régimen transitorio” de contratación administrativa de servicios (artículo 1) y dispuso que “no puede exceder en su plazo de vigencia, del 31 de diciembre del año respectivo; puede ser prorrogado o renovado, por una sola vez, por un lapso o lapsos acumulados que no sobre pasen el 31 de diciembre del año siguiente a aquel en que se suscribió” (artículo 2).

5.5 Mínimos derechos

El anteproyecto elaborado por la Comisión Multisectorial reconocía: 1) Derechos individuales: remuneración equitativa y suficiente, no inferior a la mínima, jornada no mayor a 8 horas diarias o 48 semanales, descanso semanal remunerado de 24 horas, vacaciones de 30 días por año cumplido e indemnización por ruptura unilateral y arbitraria del contrato antes del vencimiento del plazo; 2) Derechos colectivos: sindicación, negociación colectiva y huelga; y 3) Derechos previsionales: salud y pensiones (artículos 3, 5 y 6). Además tenía una cláusula abierta: daba por supuestos los derechos constitucionales e incluía los contenidos en los convenios internacionales ratificados y los conferidos por ley expresa (artículo 3). De la amplia lista de derechos laborales que reconoce nuestro ordenamiento, la Comisión Multisectorial había, pues, al menos, seleccionado los principales.

El legislador actual ha sido más austero. Proclama “únicamente” los siguientes: 1) remuneración mínima, 2) jornada máxima semanal de 48 horas, 3) 24 horas de descanso semanal, 4) vacaciones de 15 días anuales, 5) salud y 6) pensiones (artículo 6 de la Ley y Primera Disposición Complementaria y Final del Reglamento). ¿Por qué los derechos individuales se redujeron y desaparecieron los colectivos? ¿Qué ocurrió con los derechos proclamados por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos? ¿“Únicamente” pretende significar que todos los omitidos no se les aplican?

14 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana”. En: Trabajo y Constitución. Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1989, pp. 83 y ss.

Pareciera que el gobierno hubiera procedido fijando primero su disponibilidad económica y luego el catálogo de derechos que aquella pudiera cubrir. Solo así se explica la configuración de una lista tan sucinta de derechos.

El Tribunal Constitucional ha afirmado –como tuvimos ocasión de recordar en el punto 3 de este artículo– que los derechos laborales constitucionales –y lo mismo habría que decir de los laborales internacionales– se aplican tanto a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada como a los del sector público. Si quienes tienen un contrato administrativo de servicios son también trabajadores, como venimos sosteniendo, no podrían en modo alguno ser privados de tales derechos. Respecto de los derechos legales, les corresponderían los del régimen laboral al que estuviera adscrita la entidad a la que prestaran sus servicios, pero en lista completa, no recortada.

5.6 Infracción constitucional a la igualdad y la protección

El contrato administrativo de servicios concebido como un sistema permanente de vinculación entre los trabajadores y el Estado y dotado de mínimos derechos, resulta notoriamente violatorio, por lo menos, de dos instituciones constitucionales: el principio de igualdad (numeral 2 del artículo 2 y numeral 1 del artículo 26) y la protección al trabajo, con el consiguiente reconocimiento de derechos a la persona que lo ejecuta (artículo 22 y siguientes)¹⁵.

Vulnera la igualdad ante la ley, tanto respecto de los trabajadores como de los empleadores. Lo primero, porque 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 privada¹⁶, 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 disfrutaban de la ventaja de contratar en una modalidad equivalente¹⁷: trabajadores subordinados excluidos del régimen general. Todo ello ocurre sin la existencia de una causa objetiva y razonable.

La lesión a la protección que merece el trabajo, que debe materializarse en el reconocimiento de derechos al trabajador, se produce mediante la sustracción indebida del ordenamiento laboral y, por tanto, la privación del catálogo completo de derechos correspondientes.

Si vinculamos ambas instituciones tendríamos que los trabajadores deberían gozar de igual protección por el ordenamiento, lo que la figura del contrato administrativo de servicios obviamente infringe.

5.7 No primacía de la realidad sino inconstitucionalidad

A diferencia de los contratos de servicios no personales, que eran desechados por los jueces en virtud del principio de la primacía de la realidad, porque había un vínculo aparente –administrativo– y otro oculto –laboral–; en los contratos administrativos de servicios no hay encubrimiento, sino que es la propia ley la que los excluye del ordenamiento laboral. O diríamos, en todo caso, que el disfraz no lo generan las partes sino que viene de la ley. No cabe, por tanto, la actuación del principio de la primacía de la realidad. En situaciones como estas, en las que no tenemos un velo producido por las partes que el juez debe descubrir, sino una indebida calificación efectuada por vía legal, el juez debe confrontarla con la Constitución. Si de tal análisis fluyera la inconstitucionalidad de la ley, como pensamos que ocurrirá, tendrá el deber de declararla mediante el control difuso (artículo 138 de la Constitución).

Probablemente el legislador ha optado por hacer una exclusión transparente y no por repetir una práctica condenada, confiando en que resultará más difícil que los organismos jurisdiccionales apliquen el control difuso que el principio de primacía de la realidad. Un cálculo político cuyas consecuencias tendrán que apreciarse a medida que vayan produciéndose los pronunciamientos al respecto.

5.8 Evasión mediante contratos de consultoría

El segundo párrafo del artículo 3 de la Ley dispone: *“La presente norma no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad”*. Este precepto, de un lado, refuerza la idea de que los contratos administrativos de servicios conllevan –por oposición– la subordinación del trabajador; y, del otro, que los vínculos autónomos quedan excluidos de este régimen, sujetos al ordenamiento civil bajo la figura del contrato de locación de servicios.

Sin embargo, si se utilizara la modalidad mencionada en el precepto, para encubrir prestaciones de servi-

15 “[En caso] de desarrollar labores propias de un servidor público, no ingresará por concurso ni acreditará mérito y menos aún, tendrá derecho a la carrera...”, dice: Balbín Torres, Edgardo. “El nuevo régimen del contrato administrativo de servicios: aspectos constitucionales”. Soluciones Laborales, Lima, Gaceta Jurídica, N° 10, octubre de 2008, p. 24.

16 No olvidemos que la propuesta, tanto de la Ley Marco del Empleo Público como del proyecto de Ley General del Trabajo, era la de unificar la regulación de las relaciones laborales al interior del Estado en un solo régimen: el del sector público, en el primer caso, y el de la actividad privada, en el segundo.

17 El régimen especial para las MYPES, con todo lo cuestionable que es, está a disposición solo de las empresas de cierta dimensión y no concurre con el régimen general dentro de una misma entidad, como sí sucede con el contrato administrativo de servicios.

cios subordinadas, cumplidas en el centro de trabajo de la entidad, operaría –como fue en los contratos de servicios no personales- el principio de la primacía de la realidad: el juez debería declarar, en un primer nivel, que el supuesto contrato de locación de servicios es, en realidad, un contrato administrativo de servicios y, en un segundo nivel, si este hubiera sido considerado inconstitucional, que el contrato verdadero es el de trabajo.

5.9 Continuidad del vínculo y plazo prescriptorio

En el caso de la sustitución de un contrato de servicios no personales por un contrato administrativo de servicios, si el primero fue empleado indebidamente para esconder una relación laboral –que es la hipótesis que se plantea la Cuarta de las Disposiciones Complementarias Finales de la Ley-, tendríamos dos prestaciones de servicios subordinadas, que conformarían un solo vínculo, aunque estuviera regido por dos contratos con denominaciones diferentes. Si, a su vez, los organismos jurisdiccionales declararan la inconstitucionalidad del segundo contrato, como han declarado frecuentemente la falsedad del primero, sería así con mayor razón - en virtud del principio de continuidad de la relación laboral¹⁸- y dicho vínculo tendría naturaleza laboral.

El plazo prescriptorio que tendría el trabajador para reclamar la laboralidad de su vínculo dependerá del régimen laboral al que estuviera adscrita la entidad a la que prestó sus servicios. Si fuera el de la actividad privada, se regiría por la Primera de las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Derogatorias de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, modificada varias veces. Los más recientes plazos son: primero, de dos años (Ley 27022 del 23/12/98) y luego de cuatro (Ley 27321 del 22/7/00). El plazo que debería aplicarse sería el vigente al momento de interponer la demanda. No obstante, tanto la Ley 27022 como la Ley 27321, establecen: “*La prescripción iniciada antes de la vigencia de esta Ley se rige por la ley anterior*” (Segunda de las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales). Así, frente

a una sucesión de normas, se aplicaría la vigente a la fecha de la extinción del vínculo y no de la interposición de la demanda. De este modo, los trabajadores que cesaron en el período de vigencia de la Ley 27022 (del 24/12/98 al 22/7/00) rigen su plazo prescriptorio por esta y, por tanto, será de dos años; mientras que los cesados desde la vigencia de la Ley 27321 (23/7/00) tienen un plazo de cuatro años, que es el previsto por esta última.

Si el régimen laboral de la entidad fuera el del sector público, no tendríamos una norma específica aplicable. Ante la falta de regulación en el ordenamiento laboral público, habría dos opciones: 1) utilizar supletoriamente el plazo previsto en el Código Civil para las acciones personales, o 2) emplear el establecido en el ordenamiento laboral privado por analogía. El primero tiene –en nuestro concepto- dos ventajas sobre el segundo: que debe acudirse antes a la supletoriedad, que no supone laguna, que a la analogía, que sí la supone; y que resulta más favorable para el trabajador: diez años contra cuatro.

6. Una breve reflexión final

El gobierno ha presentado la sustitución del contrato de servicios no personales por el contrato administrativo de servicios como un notable avance, sobre todo en lo que respecta a los derechos de los trabajadores: de ninguno a algunos. Pero ¿la comparación debería hacerse con el “ser” o con el “deber ser”? Si violentando la Constitución y las leyes se les desconoce la calidad de trabajadores y todos los derechos consiguientes a quienes tenían un contrato de servicios no personales y pretendiendo regularizar su situación se les mantiene segregados del ordenamiento laboral, a través del contrato administrativo de servicios, con reconocimiento de unos pocos derechos, ¿no se sigue violentando la Constitución? La única regularización posible dentro del marco constitucional es el otorgamiento pleno de derechos laborales a quienes tienen un contrato administrativo de servicios, en lo inmediato. Y, en lo mediato, la unificación de los diversos regímenes laborales al interior del Estado.