



Jorge Luis Acevedo Mercado^(*) y Alexandra Ortiz Pérez^(**)

Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el **Régimen de Contratación Administrativa de Servicios**

“(…) LOS REGÍMENES LABORALES ESPECIALES ENCUENTRAN SU JUSTIFICACIÓN EN CIERTAS CAUSAS OBJETIVAS QUE HACEN NECESARIO EL TRATAMIENTO DIFERENCIADO, YA SEA POR LAS CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO, LAS CARACTERÍSTICAS Y SITUACIÓN DEL SECTOR, ENTRE OTROS. POR ELLO, Y ANTES DE INTRODUCIR UNA SEPARACIÓN DRÁSTICA DE LA REGULACIÓN LABORAL GENERAL, ES NECESARIO VERIFICAR QUE REALMENTE EXISTA ESTA CAUSA PECULIAR QUE REQUIERE DE UNA TUTELA ESPECIAL.”

1. Introducción

Recientemente el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha expedido una sentencia en relación al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (en adelante, RECAS), con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad presentada por más de cinco mil ciudadanos contra el Poder Ejecutivo y que fuera signada con el Expediente 002-2010-PI/TC.

A través de este proceso, los demandantes solicitaron al TC declarar la inconstitucionalidad, por la forma y el fondo, de determinados artículos del Decreto Legislativo 1057 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 075-2008-PCM, ambas normas reguladoras del Contrato Administrativo de Servicios (en adelante, CAS). Bajo este contexto, y después de un análisis que consideramos insuficiente, el TC declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, considerando que el RECAS es un régimen especial de contratación de servicios de naturaleza laboral que puede convivir con los otros regímenes ya existentes en el Sector Público, no afectándose con ello el derecho a la igualdad de los contratados.

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados.

(**) Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Asistente en Estudio Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados.

Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios

Asimismo, y sobre la base de considerar que el único derecho afectado es el de la libertad sindical, la sentencia recaída en el Expediente 002-2010-PI/TC (en adelante, la Sentencia) ordenó a la Autoridad Nacional del Servicio Civil (en adelante, SERVIR)⁽¹⁾ dictar la reglamentación necesaria para que: (i) los contratados por medio de un CAS puedan ejercer sus derechos constitucionales a la sindicación y huelga; y, (ii) se fijen límites para la contratación de este personal.

En este escenario, la Sentencia resulta de suma relevancia en el contexto actual de la contratación de personal en el Sector Público, pues con la declaración de validez del RECAS se permite a las entidades mantener con carácter permanente un tercer régimen laboral de empleo público, independientemente de la finalidad que inspiró a los creadores de dicho régimen.

Considerando la trascendencia de lo resuelto por el TC en las siguientes líneas abordaremos críticamente la Sentencia, así como la resolución de aclaración y una última resolución expedida por el TC en un proceso constitucional de amparo, las cuales constituyen en la actualidad el marco jurisprudencial constitucional del CAS.

2. Inconstitucionalidad del RECAS por la forma

2.1. Principales argumentos de las partes

Los demandantes sostuvieron que el Decreto Legislativo 1057 que aprobó el RECAS es inconstitucional por la forma, argumentando que:

- a) La norma autoritativa, Ley 29157 no delegó al Poder Ejecutivo facultades legislativas para crear un nuevo sistema de contratación de personal, como el RECAS, sino para legislar sobre modernización del Estado, competitividad económica e implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, entre otras.
- b) La legislación sobre el RECAS no forma parte del proceso de modernización del Estado, no era necesaria

“(…) TODO CRITERIO DELIMITADOR QUE SUSTENTE UN RÉGIMEN ESPECIAL DEBERÍA FUNDARSE EN CARACTERÍSTICAS EXCEPCIONALES Y EN INTERESES JURÍDICAMENTE RELEVANTES QUE NO PUEDAN SER COMPRENDIDOS O SUBSUMIDOS DENTRO DEL RÉGIMEN GENERAL EXISTENTE, NO SIENDO ÉSTE EL CRITERIO UTILIZADO POR EL TC PARA SUSTENTAR LA INDEPENDENCIA DEL RECAS”.

para cumplir el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, ni genera mayor competitividad económica para el Estado.

Por su parte, la defensa del Estado señaló lo siguiente:

- a) No resulta factible que la reforma del Estado se limite sólo a ciertas materias, sino que se hace imperativa una reforma estructural integral que, entre otros, se dirija a la renovación del aparato que agrupa a quienes ejercen la administración pública.
- b) Para la promoción de la inversión privada se requiere irradiar una imagen de Estado moderno, ágil y respetuoso de las normas constitucionales, por lo que para satisfacer

(1) Inicialmente, esta implementación fue encargada al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; sin embargo, mediante Sentencia Aclaratoria del 11 de octubre de 2010 el TC determinó que sea SERVIR, en su calidad de organismo rector del servicio civil, quien implementara estos cambios. Esta Sentencia Aclaratoria se encuentra disponible en web: www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2010-AI%20Aclaracion2.pdf.



Jorge Luis Acevedo Mercado y Alexandra Ortiz Pérez

los fines de la norma autoritativa ésta debe interpretarse desde una perspectiva teleológica y no restrictiva.

2.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional y nuestros comentarios

La Sentencia concluye que no existe inconstitucionalidad por la forma en las normas impugnadas, ya que la delegación legislativa al Poder Ejecutivo no debe entenderse realizada a un concepto limitado de “modernización del Estado”, dado que ésta implica, además de los establecidos en la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, otros conceptos diversos como, por ejemplo, el propio funcionamiento del aparato burocrático a través del personal que las entidades contratan.

Adicionalmente, la relación entre regulación y mejora de las condiciones del empleo en el Sector Público y mejora de la competitividad económica ha sido reconocida en la creación de SERVIR. En efecto, el Decreto Legislativo 1023 establece en sus considerandos que “la competitividad de los sectores productivos y de los servicios se ha visto afectada por las deficiencias del aparato administrativo del Estado”.

Sobre el particular, consideramos relevante referirnos a la Carta Iberoamericana de la Función Pública ⁽²⁾ que en su Preámbulo da cuenta de una serie de estudios que evidencian la “relación positiva entre la existencia de sistemas de función pública o servicio civil (...) y los niveles de confianza de los ciudadanos en la administración pública, la eficacia gubernamental y la lucha contra la corrupción, y la capacidad de crecimiento sustentable de los países”. En ese contexto, ha quedado acreditado que estos sistemas de contratación de personal sí contribuyen al fortalecimiento institucional de los países.

Por ello, consideramos que resulta razonable el criterio utilizado por el TC para desestimar este extremo de la demanda pues la creación, regulación y fortalecimiento de los sistemas de función pública y servicio civil inciden directamente en el crecimiento del Estado y el bienestar social. Una materia distinta es la compatibilidad del sistema de función pública con la Constitución o con la eficacia

con la que contribuirá a conseguir tales finalidades, lo cual analizaremos en los puntos siguientes.

3. Inconstitucionalidad del RECAS por el fondo

3.1. Principales argumentos de las partes

Los demandantes argumentan la inconstitucionalidad sustancial del RECAS en que:

- a) Las normas impugnadas no superan el test de igualdad, vulnerándose el principio del derecho a la igualdad contenido en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política vigente.
- b) Los artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo 1057 introducen un régimen administrativo de contratación carente de derechos laborales, vulnerándose el artículo 22 de la Constitución Política y generándose una situación de desigualdad frente a los trabajadores de otros regímenes.
- c) El artículo 5 del Decreto Legislativo 1057 es inconstitucional pues no establece un límite temporal para la vigencia del RECAS, permitiendo su vigencia indefinida e impidiendo que los contratados ingresen a la planilla de trabajadores de la entidad.

Por otro lado, la defensa del Estado argumentó lo siguiente:

- a) No se ha afectado el principio-derecho de igualdad ante la ley pues no se considera discriminación una norma, como la que aprueba el RECAS, que promueve la igualdad real de oportunidades.

(2) Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, los días 26 y 27 de junio de 2003. Texto disponible en web: www.servir.gob.pe

Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios

- b) El Decreto Legislativo 1057 permitió incorporar al RECAS a trabajadores contratados bajo el mecanismo de Servicios No Personales (en adelante, SNP), teniendo ahora éstos acceso a diversos beneficios y derechos que: (i) tienen reconocimiento constitucional; (ii) resultan más beneficiosos que el régimen anterior; y, (iii) permiten superar la situación “anómala” generada por el tipo de contratación anterior.

3.2. Pronunciamiento del TC y nuestros comentarios

3.2.1. Naturaleza de los regímenes laborales del Estado

El TC ha establecido en la Sentencia que el CAS genera, a su sola suscripción, una relación de naturaleza laboral entre la entidad y la persona natural contratada, pues se aparta de los esquemas de contratación civiles y administrativos, gozando además de ciertas particularidades que lo justifican como un régimen especial.

Al respecto, consideramos que la naturaleza jurídica de un régimen de contratación de servicios se encuentra básicamente determinada por su contenido esencial y la forma en que son prestados estos servicios que se prestan una vez nacida la relación jurídica.

En ese sentido, resulta innegable que en aquella prestación de servicios personales que se ejecuta de manera subordinada a cambio de una remuneración estamos frente a una relación de naturaleza laboral, pues se han configurado los tres elementos característicos de estas relaciones.

Ahora bien, el tratamiento legal que en cada caso se otorgue a estas relaciones puede diferenciarse en aras de proteger un interés socialmente relevante. Así sucede con las relaciones laborales con el Estado: la naturaleza jurídica de la relación sigue siendo laboral, sólo que la finalidad de los servicios del empleado público responde a un interés superior: el bienestar común, lo cual justifica que existan una serie de reglas aplicables únicamente a los trabajadores del Estado.

Refuerza nuestra opinión el Artículo III del Título Preliminar de la Ley Marco del Empleo Público, que establece como ámbito de aplicación de dicha Ley “la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público.”

Esta conclusión ha sido reforzada por el TC en el fundamento 23 de su Sentencia al identificar a los regímenes contenidos en los Decretos Legislativos 276 y 728 como regímenes laborales generales del sector público; habiendo señalado anteriormente -en el fundamento 17 de la Sentencia recaída en el Expediente 008-2005-AI-TC que el marco constitucional del trabajo se aplica para los empleados públicos sujetos al régimen público como al privado, con las excepciones y particularidades que correspondan.

Como vemos, independientemente de las especiales obligaciones y deberes que se imponen tanto al contratado como a la entidad contratante, el empleo público no deja de tener naturaleza laboral, la cual se sustenta en la existencia de prestación personal, subordinación y remuneración.

En relación con el RECAS, el TC sustenta su naturaleza laboral y no administrativa en el reconocimiento de ciertos derechos constitucionales laborales a favor de los contratados (jornada máxima de trabajo, descansos semanales y anuales).

Si bien compartimos la opinión del TC que toda relación de empleo público es en esencia laboral consideramos que debió: (i) concluir ello sobre la base de la existencia de los tres elementos característicos de una relación laboral y no solo respecto de los derechos que se reconocen, los que son una consecuencia (y no una causa) de esta naturaleza jurídica; y, (ii) señalar las particularidades y reglas especiales que un régimen laboral del Estado debe tener considerando el interés público que sustenta el servicio civil.

Nos hubiese gustado también que el TC analice las teorías que históricamente se postulan como válidas para determinar bajo qué parámetros se produce la vinculación del personal del Estado, considerando que antes



Jorge Luis Acevedo Mercado y Alexandra Ortiz Pérez

de la Sentencia se entendía que el RECAS establecía un régimen administrativo o estatutario.

Sin perjuicio de ello, el TC ha concluido que el CAS es un contrato de trabajo que, por sus características, se encontraría sujeto a la teoría laboral y no estatutaria. Prueba de ello la encontramos en la introducción de una nueva fuente de derechos dentro del RECAS: la sindical.

En efecto, la Sentencia ha establecido el derecho de los contratados a través de un CAS a la libertad sindical y a la huelga, reconociéndose derechos más allá de los previstos en la legislación que lo regula. En este contexto, se le otorga al personal contratado la posibilidad de negociar colectivamente derechos y beneficios o los mecanismos en los que estos serán gozados, dejándose a la voluntad de las partes la regulación de éstos.

3.3. El RECAS como régimen laboral especial

Un análisis del RECAS impone definir en primer lugar el concepto de “régimen especial” dado que será a partir de ello que podremos identificar si determinada contratación debe recibir un tratamiento diferenciado, partiendo de la premisa que la especialidad no puede (ni debe) convertirse en la regla ni desconocer la generalidad.

Sobre el particular, Ojeda Avilés ha señalado que “las relaciones laborales especiales se caracterizan por producirse en un ámbito donde la dirección y organización del trabajo presentan una estructura distinta a la habitual o típica”⁽³⁾.

Del mismo modo, se ha indicado que los regímenes especiales atienden a las diferencias entre la propia naturaleza de la prestación de servicios, la singularidad de la empresa o las condiciones del sector⁽⁴⁾.

En ese contexto, no cabe duda que los regímenes laborales especiales encuentran su justificación en ciertas causas objetivas que hacen necesario el tratamiento diferenciado, ya sea por las características del servicio, las características y situación del sector, entre otros. Por ello, y antes de introducir

una separación drástica de la regulación laboral general, es necesario verificar que realmente exista esta causa peculiar que requiere de una tutela especial.

En la Sentencia que comentamos, el TC ha procedido a analizar la situación del RECAS dentro de la realidad del empleo al servicio del Estado en nuestro país, partiendo para ello del hecho que coexisten válidamente dos regímenes laborales: uno regulado por el Decreto Legislativo 276, el de la actividad pública, y otro regulado por el Decreto Legislativo 728, el de la actividad privada.

Posteriormente, determina el TC que, dado que ya existen otros regímenes anteriores, el Decreto Legislativo 1057 es un régimen laboral especial que puede coexistir con los regímenes generales ya existentes. La pregunta es: ¿cuáles son las razones objetivas que justifican al RECAS como un régimen laboral especial? Para responder esta interrogante, el TC ha señalado que el RECAS es un sistema de contratación independiente pues tiene “sus propias reglas de contratación” y el acceso del personal es de diferente naturaleza⁽⁵⁾.

A nuestro entender resulta insuficiente que se califique y considere al RECAS como un régimen laboral especial únicamente sobre la base del mecanismo de ingreso considerando que el tratamiento diferenciado de los contratados bajo este régimen requiere para su validez de fundamentos objetivos idóneos y precisos.

En esa línea discordamos del razonamiento contenido en la Sentencia respecto que un nuevo régimen laboral se justifica únicamente

(3) AVILÉS OJEDA, Antonio. *Las relaciones laborales especiales*. En: *Laborem*. Número 8. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008. pp. 37 y 38.

(4) MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. *Derecho del Trabajo*. Sexta Edición. Madrid: Tecnos, 1997. p. 183.

(5) En comparación con el acceso del personal en los regímenes público y privado.

Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios

por existir diferentes reglas de contratación, dado que bajo esa lógica podríamos afirmar que también la contratación de personal a través de la figura de SNP generó un régimen laboral especial, lo cual no resulta admisible bajo ningún punto de vista.

Sobre el particular, Ojeda Avilés señala que si no existe un criterio delimitador para establecer un régimen especial cada separación legal podría ser considerada constitucional pues todas las actividades laborales mantienen diferencias con las restantes, pero la proliferación desmedida de regulaciones específicas sólo trae incertidumbre y desorganización en el ordenamiento laboral⁽⁶⁾.

En tal sentido, consideramos que todo criterio delimitador que sustente un régimen especial debería fundarse en características excepcionales y en intereses jurídicamente relevantes que no puedan ser comprendidos o subsumidos dentro del régimen general existente, no siendo éste el criterio utilizado por el TC para sustentar la independencia del RECAS.

3.4. Constitucionalidad y necesidad de uniformización de regímenes laborales en el Estado

Si bien el Tribunal Constitucional afirma que la Constitución Política no obliga al Estado a establecer un régimen laboral único para los empleados públicos, legitimando con ello la aplicación de los regímenes público y privado, y ahora la del RECAS, consideramos que una interpretación sistemática de la Constitución, las normas y la jurisprudencia constitucional, nos permite afirmar que el régimen laboral del Estado debería unificarse.

En efecto, la Constitución tiene un capítulo referido a la función pública dentro del cual, en el Artículo 40, delega a la ley regula la carrera administrativa, deberes, derechos y responsabilidades de los servidores públicos, advirtiéndose

la especialidad e importancia de la regulación del régimen del empleo público que a nuestro juicio supone una regulación uniforme y coherente de esta materia.

Un intento de unificación lo constituye la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, la cual establece los lineamientos básicos aplicables a todos los servidores del Estado, estableciéndose la obligación del Poder Ejecutivo de remitir al Congreso las propuestas legislativas de las cinco leyes⁽⁷⁾ que regularán todo el empleo público, normas que a pesar de su necesaria aprobación aún no se han expedido.

Asimismo, la Tercera Disposición Transitoria de la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto⁽⁸⁾ prevé la progresiva incorporación de los que en ese entonces estaban contratados bajo el mecanismo de SNP, hoy bajo el RECAS. En esa misma línea, la Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley 28175 establece que a los contratados por SNP se les otorgará una bonificación en el puntaje en caso de empate en el concurso público.

Más recientemente y en concordancia con esta política unificadora, la Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo 1023, norma de creación del SERVIR, estableció que esta entidad "(...) debe ejecutar e implementar progresivamente la política pública de unificación de los diversos regímenes de contratación utilizados en el

(6) AVILÉS OJEDA, Antonio. *Op. cit.*; p. 32.

(7) Las cinco leyes que se deben aprobar son las siguientes: Ley de la carrera del servidor público, Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza, Ley del sistema de remuneraciones del empleo público, Ley de gestión del empleo público y la Ley de incompatibilidades y responsabilidades.

(8) Específicamente dicha norma establece incorporación paulatina en los Cuadros para Asignación de Personal - CAP y/o en el Presupuesto Analítico de Personal - PAP, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, de los trabajadores que vienen ejerciendo labores de carácter permanente y propio de la Entidad, bajo la modalidad de contratados o de servicios no personales.



Jorge Luis Acevedo Mercado y Alexandra Ortiz Pérez

sector público, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, para garantizar la sostenibilidad fiscal de dicha implementación”.

Finalmente, en la Sentencia recaída en el Expediente 008-2005-AI, que resolvió la acción de inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público, el TC exhortó al Congreso de la República para que “con el carácter de prioritario y urgente apruebe, en la presente legislatura, las leyes complementarias a la Ley Marco del Empleo Público a fin de iniciar la uniformidad, equidad y modernización del empleo público, elemento fundamental para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública.”

Con ello, tenemos que uno de los objetivos del Estado en materia de empleo público es que, progresivamente, todo el personal al servicio de la administración pública sea considerado trabajador de ésta y se encuentre sujeto a un régimen laboral uniforme de empleo público diseñado especialmente para el personal del Estado, unificación que es compartida por la doctrina nacional⁽⁹⁾.

3.5. El RECAS y la progresividad en el reconocimiento de derechos laborales

La progresividad en el reconocimiento y goce de los derechos (laborales, en el presente caso) ha sido analizada por diversos instrumentos nacionales e internacionales. En materia internacional, es de resaltar lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los “Cinco Pensionistas” contra el Estado Peruano.

En la sentencia expedida, la Corte estableció que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales se debe medir en función de la creciente cobertura de estos derechos sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social.

Sobre el mismo concepto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas

en la Observación General Número 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto) contenida en su Documento E/1991/23 indica que si bien “el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo”; debe existir “una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo”⁽¹⁰⁾.

En este contexto, válidamente podemos afirmar que cualquier medida en materia de personal al servicio del Estado debe, desde la progresividad, apuntar a reconocer y otorgar los derechos que correspondan a los servidores de la administración pública. Como es conocido, en nuestro país uno de los sectores más vulnerables fue el de los contratados por SNP a quienes legalmente no se les reconoció ningún derecho o beneficio laboral ni de seguridad social.

Ante la práctica estatal de contratar personal por SNP y la omisión legislativa sobre este tipo de contratación, ha sido la jurisprudencia del Poder Judicial y TC la que ha venido reconociendo la naturaleza laboral de tales vínculos, otorgándole derechos laborales y, aquí sí discutiblemente, ingreso a las planillas del Estado sin previo concurso público⁽¹¹⁾.

Bajo este contexto, y sobre la base de la progresividad, el Estado ha creado un tercer régimen de contratación laboral -RECAS- con

(9) Uno de los juristas que recientemente ha identificado la necesidad de adoptar un régimen laboral único para los trabajadores del Estado es el profesor Javier Neves. Al respecto, véase NÉVES MUJICA, Javier. *Principales objeciones al contrato administrativo de servicios*. En: *Laborem*. Número 9. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(10) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Documento Número E/1991/23. Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), adoptada en el Quinto Período de Sesiones, 1990.

Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios

la finalidad de reconocer derechos laborales y de seguridad social mínimos a quienes carecían de éstos.

Sobre el particular, somos de la opinión que la creación del RECAS bajo estas condiciones se enmarcaría dentro del concepto de progresividad del reconocimiento de derechos si (i) fuese un régimen transitorio; (ii) se aplicase únicamente a los ex SNP; e, (iii) incorporase la posibilidad de ingresar definitivamente al Estado previo concurso. Empero, ni el Decreto Legislativo 1057 ni su Reglamento han establecido un periodo de vigencia del RECAS ni límites temporales para su utilización como mecanismo de contratación.

No obstante ello, el TC no sólo reconoce al RECAS como un régimen aplicable a los ex SNP sino que lo valida como un tercer régimen laboral permanente de contratación de servicios en el Estado, precarizando el empleo público de aquellas personas que vienen siendo contratadas como nuevas en este nuevo régimen (no ex SNP).

3.6. El test de igualdad del RECAS

Tal como indicamos anteriormente, el TC encuentra justificada la diferenciación que se hace entre los servidores que celebran un CAS en relación a los demás trabajadores al servicio del Estado sustentando ello en que el RECAS regula un mecanismo de acceso al empleo distinto de los regulados por los Decretos Legislativos 276 y 728.

Sobre este punto, cabe precisar que en el régimen laboral de la actividad privada no existe ningún mecanismo especial de acceso, siendo facultad del empleador determinar los requisitos de acceso y contratar a quien considere. Lo que sí existe en este régimen son una serie de limitaciones de naturaleza presupuestal y los principios de igualdad de oportunidades y mérito contenidos en la Ley 28175, los cuales deben ser aplicados a todo el personal del Estado, independientemente del régimen laboral que resulte aplicable.

En tal sentido, llama poderosamente la atención que el TC haya sustentado no sólo la independencia del RECAS en la forma de acceso que regula la propia norma impugnada, sino también el trato diferenciado del personal sujeto a este régimen.

Al respecto, el considerando 33 de la Sentencia establece que se justifica un trato diferenciado al personal contratado y no resulta posible realizar el test de igualdad propuesto por los demandantes porque no estamos frente a sistemas laborales con las mismas características al tener ambos formas de acceso de distinta naturaleza.

Reiteramos que esta diferencia ha debido ser considerada irrelevante a efectos de calificar al RECAS como un régimen laboral especial, pues, de lo contrario, toda diferencia entre las labores que desempeñan los trabajadores (diferencias que existen y existirán en todos los casos) va a generar un régimen laboral especial⁽¹²⁾.

Sobre la base de ello, el TC omite realizar el test de igualdad al RECAS como régimen de contratación de servicios de naturaleza laboral, siendo aquél el mecanismo idóneo para determinar si resulta válida una regulación legal distinta de situaciones iguales y, por ende, si nos encontramos frente a un trato discriminatorio.

En el presente caso, bastaba con verificar que existen dos situaciones materialmente iguales (la prestación personal de servicios subordinados a favor del Estado a cambio de

(11) Sobre el particular, consideramos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Poder Judicial omitió valorar el importantísimo principio de igualdad de oportunidades en el acceso en el empleo público que exige como regla esencial que todo servidor público debe ingresar al Estado previo concurso público de méritos.

(12) Al respecto, véase BALBÍN, Edgardo. Regímenes Especiales en la Legislación Laboral Peruana. En: IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Retos del Derecho del Trabajo Peruano. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2010.



Jorge Luis Acevedo Mercado y Alexandra Ortiz Pérez

una contraprestación) y la existencia de regímenes laborales distintos dentro del mismo Estado, para aplicar el test de igualdad y validar o no el trato desigual, no resultando relevante cómo se accedió al puesto de trabajo como pretende sustentar el TC.

En este orden de ideas, procedemos a plantear un test de igualdad del RECAS⁽¹³⁾, teniendo en cuenta que para un adecuado análisis de la problemática de la constitucionalidad de este régimen era necesario hacer una distinción: (i) su aplicación al personal SNP que venía prestando servicios para la entidad; y, (ii) su regulación para contratar nuevo personal.

3.6.1. Test de igualdad del RECAS para el personal SNP que venía prestando servicios para la entidad

De acuerdo a la Cuarta Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1057, las entidades estaban facultadas para sustituir los contratos por servicios no personales por CAS antes de su vencimiento, lo cual consideramos fue la principal finalidad del RECAS: que los contratados bajo el mecanismo de SNP pasaran al nuevo régimen. Es considerando dicha finalidad que aplicaremos el test de igualdad en este punto:

a) Idoneidad o adecuación

Este sub-examen tiene por finalidad determinar si determinada medida legal resulta la adecuada para conseguir un fin legítimo. De conformidad con los lineamientos contenidos en el fundamento 65 de la Sentencia del TC recaída en el Expediente 048-2004-PI/TC, este subprincipio supone: (i) primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, (ii) segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

En el presente caso, la creación de un régimen de naturaleza transitoria que permita sincerar la situación de los SNP constituye un mecanismo idóneo que se corresponde con la finalidad pública de la norma.

No obstante, reiteramos nuestra posición respecto a que el RECAS superaría el examen de idoneidad únicamente si fuese un régimen transitorio, pues de otro modo -tal como se

“(…) CUALQUIER MEDIDA EN MATERIA DE PERSONAL AL SERVICIO DEL ESTADO DEBE, DESDE LA PROGRESIVIDAD, APUNTAR A RECONOCER Y OTORGAR LOS DERECHOS QUE CORRESPONDAN A LOS SERVIDORES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.”

encuentra planteado actualmente- no resulta idónea la creación de un tercer régimen laboral permanente en el Sector Público, máxime si contraviene la progresividad en el acceso de derechos y beneficios de los SNP al respectivo régimen laboral.

b) Necesidad

A su vez, el sub-examen de necesidad permite determinar si existen otras alternativas más moderadas e igualmente idóneas susceptibles de alcanzar el objetivo perseguido con igual grado de eficacia.

Al respecto, consideramos que existe consenso en que la incorporación automática de los SNP en la planilla del Estado y el incremento del presupuesto que ello generaría no podría ser realizado en un solo momento, sino a través de un reconocimiento transitorio y progresivo de los derechos laborales correspondientes.

Para que se supere realmente este sub-examen debe haberse también regulado el RECAS como un régimen temporal con una finalidad: la regularización de la situación laboral de los SNP y su incorporación en las planillas del Estado y no su permanencia indefinida en el RECAS.

(13)

Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios

c) Proporcionalidad

Para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental.

A nuestro entender, el RECAS introduciría una diferenciación proporcional en la medida que se tratase de un régimen transitorio que tenga por finalidad última el reconocimiento de los derechos laborales e incorporación futura -previo concurso- al régimen general. Solo en este caso estaríamos frente a una medida legislativa que afecte proporcionalmente el derecho constitucional a la igualdad de derechos laborales para los SNP como trabajadores de la entidad.

Como podemos apreciar, el RECAS aplicado a los contratados a través del SNP superaría el test de igualdad en la medida que se conciba como un mecanismo de contratación transitorio y progresivo, al cual accedan únicamente aquellos que venían prestando esta clase de servicios para una entidad pública.

Sin embargo, la Sentencia al no establecer los límites cualitativos ni cuantitativos del RECAS ni definir expresamente la necesidad de extinción de este régimen al cabo de un periodo de tiempo, valida a esta figura como un tercer régimen laboral de naturaleza permanente; lo cual no permite salvar su constitucionalidad.

3.6.2. Test de igualdad del RECAS para nuevo personal

Al no existir ningún límite cualitativo para utilizar el RECAS, las entidades han venido contratando nuevo personal bajo este régimen considerando la flexibilidad en su contratación y los menores derechos inherentes al CAS.

A diferencia de los ex SNP los nuevos trabajadores del RECAS no fueron contratados por haber tenido aquella condición sino por existir nuevas necesidades de las entidades públicas que debieron ser cubiertas a través del régimen laboral aplicable a la respectiva entidad (ya sea el regulado por el Decreto Legislativo 728 o el Decreto Legislativo 276). Consideramos que a contratación de nuevo personal del Estado mediante el RECAS precariza el empleo público sin justificación o finalidad alguna que lo sustente.

Seguidamente, analizamos el test de igualdad en el caso del ingreso de nuevo personal al RECAS:

a) Idoneidad

Consideramos que un régimen de contratación especial que no reconoce todos los derechos laborales que corresponden de acuerdo a ley y a la Constitución no puede resultar un mecanismo de contratación de nuevo personal en el Estado.

Como bien ha señalado la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1057, se hacía necesaria una normativa que “equilibre las prestaciones” e inicie un “proceso de reordenamiento”. Asimismo, uno de los objetivos de la norma era “dotar de una normativa apropiada a las formas contractuales que hasta la fecha no habían sido reguladas por norma alguna (...)”.

Por ello, los objetivos del RECAS apuntaron al reordenamiento del personal SNP que ya venía prestando servicios para las entidades, mas no a la introducción de un régimen de contratación de nuevo personal subordinado para las entidades públicas.

Consideramos, de los antecedentes expuestos, que la creación del RECAS y su aplicación permanente al nuevo personal de las entidades no constituye una medida idónea, existiendo otros mecanismos igual de efectivos que vulneran menos derechos fundamentales.

b) Necesidad

En concordancia con lo expuesto en el acápite precedente, consideramos que no era necesario crear un nuevo régimen de contratación laboral aplicable al Estado a fin de que ingrese nuevo personal subordinado.



Jorge Luis Acevedo Mercado y Alexandra Ortiz Pérez

Al respecto, somos de la opinión que lo que se hace necesario es la unificación de los regímenes laborales existentes en el Sector Público, lo cual permitirá un ingreso ordenado y con pleno respeto por los derechos fundamentales de los servidores, conforme a lo señalado en el punto 3.4 del presente artículo.

Dicho ello, no consideramos que haya sido necesario limitar los derechos fundamentales de los nuevos ingresantes al servicio de las entidades públicas a través de la aplicación del RECAS, sino que existen otros mecanismos igual de idóneos que, con el mismo grado de eficacia, permiten obtener los logros perseguidos.

c) Proporcionalidad

Corresponde analizar si el grado de realización del objetivo que busca el RECAS es equivalente al grado de afectación de los derechos fundamentales que se limitan.

En ese contexto, debemos indicar que la intensidad con la cual se han afectado los derechos constitucionales de los nuevos servidores del Estado no guarda proporción con la finalidad perseguida por el RECAS, la cual se ha debido limitar al reordenamiento del personal SNP.

Tal como hemos expuesto, el RECAS ha debido plantearse como un régimen de reordenamiento de la situación de los contratos SNP ya vigentes en el Estado, pues así se deriva de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1057.

Por ello, la aplicación del RECAS al nuevo personal no supera el Test de Igualdad obviado por el Tribunal Constitucional y que hemos planteado precedentemente, dado que no constituye una medida idónea, necesaria ni proporcional limitar los derechos constitucionales del nuevo personal con la creación de un tercer régimen laboral cuando, en contraposición, se pueden emitir las normas necesarias de unificación de los regímenes laborales del Sector Público.

Finalmente, sobre este punto consideramos relevante citar el voto del magistrado del Tribunal Constitucional del Doctor Beaumont Callirgos recaído en el Expediente 03160-2010-PA/TC, quien concluye que el RECAS podría devenir en inconstitucional si el Estado “dentro de un plazo razonable, no toma acciones dirigidas a mejorar las condiciones ya

implementadas y materializar la respectiva igualdad exigida por la Constitución y, por el contrario, persista en mantener indefinidamente el régimen laboral CAS (...)”

3.7. El reconocimiento de los derechos sindicales en el CAS

El Tribunal Constitucional ha considerado que la única omisión constitucional del RECAS es el no haber regulado los derechos de sindicación y huelga para los contratados.

Por ello, a fin de dar cumplimiento al artículo 28 de la Constitución y otorgar a este colectivo todos los derechos previstos en la Carta Magna, el Tribunal Constitucional ha establecido en su fundamento 43 que le corresponde a SERVIR dictar la regulación necesaria para la protección de estos derechos fundamentales.

Al respecto, cabe cuestionarse cuáles serán las disposiciones específicas que para el goce de los derechos a la sindicación y huelga establecerá SERVIR a través de la reglamentación que deberá aprobar en un plazo no mayor a treinta (30) días contados desde la Sentencia.

En efecto, la regulación que próximamente apruebe esta entidad puede introducir en el escenario laboral un nuevo régimen de derechos colectivos para los servidores sujetos al RECAS, debiendo éste observar y desarrollar lo dispuesto por los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre la materia.

3.8. La protección frente al despido arbitrario en el RECAS

Con posterioridad a la Sentencia que declaró constitucional el RECAS, el TC resolvió un proceso de amparo signado con el Expediente 03818-2009-PA/TC estableciendo una serie de reglas en materia de protección frente al despido arbitrario.

Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios

En relación a este tema, el TC ha establecido que los contratados mediante un CAS no tienen derecho a la protección procesal de eficacia restitutoria, es decir, no pueden ser repuesto en su puesto de trabajo pues el CAS tiene un plazo determinado que se puede ver desnaturalizado como consecuencia de una acción de amparo en la que se reclame la reposición.

En contraposición, en el RECAS sí se admiten dos regímenes de protección:

- a) El régimen de protección sustantivo-preventivo, el cual tiene por finalidad prevenir o evitar que se produzca un despido sin causa debidamente acreditada en el respectivo procedimiento. Esta protección se encuentra prevista en el literal f) del artículo 13.1 del Decreto Supremo 075-2008-PCM⁽¹⁴⁾.
- b) El régimen de protección sustantivo-reparador, el cual tiene por finalidad reparar patrimonialmente las consecuencias del despido arbitrario. Esta protección se encuentra prevista en el artículo 13, inciso 3 del Decreto Supremo 075-2008-PCM⁽¹⁵⁾.

Como se puede apreciar, el TC admite que la indemnización por despido arbitrario constituye: (i) una reparación constitucional frente al despido arbitrario e, inclusive, frente al incausado, de conformidad con el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador; y, (ii) la única reparación frente al despido.

De esta manera, el TC se aleja del pronunciamiento que viene permitiendo a los trabajadores del régimen laboral privado solicitar la reposición en caso de despido arbitrario. Sobre el particular, resulta conveniente recordar que en el Expediente 976-2001-AA/TC el Protocolo de San Salvador no impidió que el Tribunal Constitucional reconociera a los trabajadores una protección restitutoria, que no reconoce ahora para el RECAS.

Al respecto, consideramos que el TC debió haber sustentado las causas objetivas y razonables que permiten aplicar un trato diferenciado al RECAS en materia de protección contra el despido arbitrario.

Respecto a este último régimen sustantivo-reparador, el TC ha precisado que el referido artículo 13, inciso 3 impone al empleador la obligación de pagar automáticamente al trabajador la indemnización. Recién en caso que este pago no se produzca de manera automática el trabajador podrá interponer la demanda correspondiente.

Conviene detenerse aquí para analizar si, en este último supuesto, el trabajador debe recurrir al Tribunal de SERVIR a fin de reclamar ante esta instancia administrativa el pago de la indemnización.

De conformidad con el artículo 2 del Reglamento del Tribunal de SERVIR aprobado por Decreto Supremo 008-2010-PCM, el Tribunal tiene a su cargo la solución de conflictos que se presenten entre las entidades y las personas a su servicio en materia de, entre otras, terminación de la relación de trabajo.

Por esta razón, consideramos que, ante el incumplimiento de parte de la entidad de pagar de forma inmediata la respectiva indemnización, el afectado puede recurrir en la vía del recurso de apelación a fin de que el Tribunal de SERVIR ordene su pago.

Esta apreciación encuentra respaldo en lo dispuesto por el propio Tribunal Constitucional

(14) Literal que establece que el CAS puede extinguirse por “decisión unilateral de la entidad contratante, sustentada en el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas”.

(15) Cuyo texto dispone que “cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta por un importe máximo equivalente a dos (2) meses”.



Jorge Luis Acevedo Mercado y Alexandra Ortiz Pérez

en su Resolución aclaratoria del 11 de octubre de 2010, en la cual señala que la regulación y complementación del RECAS, en su calidad de régimen exclusivo del Estado, se encuentra a cargo de SERVIR, “organismo técnico especializado del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del personal al servicio del Estado”.

3.9. La protección frente al despido arbitrario en el RECAS

Otro extremo de la Sentencia recaída en el Expediente 03818-2009-PA/TC que consideramos relevante comentar es aquel referido a la existencia de contratos civiles previos a la suscripción del CAS.

Sobre este extremo, el TC ha resuelto lo siguiente:

“6. (...) resulta innecesario e irrelevante que se dilucide si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios el demandante había prestado servicios de contenido laboral encubiertos mediante contratos civiles, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituye un periodo independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional. Por lo tanto, dicha situación habría quedado consentida y novada con la sola suscripción del contrato administrativo de servicios.”

Con esta decisión, el TC vuelve a obviar un análisis que se hacía necesario, limitándose a invocar una supuesta novación y consentimiento de parte del SNP al suscribir un CAS.

Sobre el particular, y en la misma línea de reconocer que el contrato de SNP ha constituido un periodo independiente al inicio del CAS, el TC podría haber evaluado la existencia o no de una relación laboral sometida al régimen laboral general de carácter independiente y previa a la relación laboral sometida al RECAS.

Sin embargo, el Tribunal considera que la suscripción del CAS impide que un juez constitucional se pronuncie sobre la real naturaleza del vínculo que mantuvieron los trabajadores con el Estado bajo contratos SNP.

De este modo, al menos a través de un proceso constitucional de amparo se elimina la pretensión de reconocimiento de vínculo laboral de los ex contratados por SNP que pasaron al CAS quienes para obtener tutela jurisdiccional respecto

a aquel periodo deberán recurrir al proceso ordinario laboral.

4. Conclusiones

Las sentencias objeto del presente análisis constituyen un importante instrumento de la regulación del empleo público, el cual requiere de las garantías adecuadas tanto para la protección de los derechos fundamentales de los servidores como para la protección del equilibrio y sostenimiento del Estado como aparato administrativo que ejecuta las políticas públicas.

Si bien consideramos un acierto que el TC haya declarado que los CAS no son de naturaleza civil o administrativa, sino laboral, y por ende se le reconozcan derechos colectivos, no compartimos la validez constitucional del RECAS dado que éste debió partir de una distinción primordial: su aplicación a los SNP y su aplicación al nuevo personal.

En efecto, el RECAS pudo ser considerado constitucional de haberse planteado su transitoriedad, pues de otro modo no existe justificación para realizar diferenciación alguna entre los servidores. Respecto de la aplicación de RECAS a nuevo personal no se puede justificar la idoneidad, necesidad o proporcionalidad de la creación de un régimen especial de contratación de personal subordinado.

En el presente caso, el TC ha perdido la oportunidad para efectuar el Test de Igualdad al RECAS partiendo de lo que consideramos una premisa insuficiente: la forma de acceso regulada en el Decreto Legislativo 1057 y su diferencia en relación a los otros regímenes. Este hecho no puede servir de base para obviar la realización de este Test, el cual resulta básico en la determinación de la existencia de una vulneración al principio-derecho a la igualdad.

Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios

Por ello, consideramos que la Sentencia contiene un análisis insuficiente de la constitucionalidad del RECAS, no obstante lo cual consideramos que en futuras sentencias el TC o el Poder Judicial tendrán la oportunidad

para expedir resoluciones acordes con la política de unificación de regímenes laborales y la progresividad en el reconocimiento de los derechos del personal que viene prestando servicios para el Sector Público.

Especialízate en Gestión del Medio Ambiente

El Instituto de Estudios Ambientales de la Pontificia Universidad Católica del Perú te ofrece los siguientes programas académicos:

DIPLOMATURAS DE ESTUDIO EN:

- Manejo Ambiental
- Gestión y Política Ambiental

CURSOS DE EXTENSIÓN

- Derecho ambiental I
- Derecho ambiental II
- Educación ambiental
- Taller de problemas socioambientales
- Estudios de impacto ambiental
- Salud ambiental
- Patrimonio cultural y natural
- Estudio de Impacto Social
- Manejo de recursos mineros: mineros y gasíferos
- Tratamiento de aguas residuales
- Gestión de cuencas
- Restauración de ecosistemas
- Química de la atmósfera y cambio climático
- Economía ambiental
- Taller de Periodismo ambiental

INFORMES:

Instituto de Estudios Ambientales (IDEA – PUCP)
Módulo 4 Edificio Mc Gregor.
Teléfono: 626200 anexos: 3060 y 3281
acapidea@pucp.edu.pe
wchoy@pucp.edu.pe
diplomas_idea@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/idea/

INSTITUTO DE
ESTUDIOS
AMBIENTALES



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ