



ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS. A CASI DOS AÑOS DE VIGENCIA

Jorge Isaac Torres Manrique *

*“El trabajo más productivo es el que sale de las
manos de un hombre contento”.*

Víctor Pauchet.

*"El derecho laboral es uno de los derechos con
menor índice de cumplimiento... entonces, yo no sé
qué es lo que hacemos aquí..."*

Elmer Arce.

SUMARIO:

I. Desde el principio.- **II.** La paradoja de su
aplicación.- **III.** Pretensiones del Congreso de la
República.- **IV.** Conclusión.

* Gerente de Asesoría Legal del Centro Vacacional Huampaní. Ex Gerente de Secretaría General de la Municipalidad del Distrito de Asia. Doctorante en Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Egresado del Doctorado en Derecho, de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la misma Casa Superior de estudios; y del I Nivel del VII Curso del Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados de la Academia de la Magistratura (Sede Lima). Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú). Ex Conciliador del Centro de Conciliación Extrajudicial Paz y Vida, Arbitro de Derecho y Conciliador Extrajudicial. Post grado en Derecho Registral y Notarial. Especialista en Comercio Exterior y Aduanas, Análisis del Código Procesal Civil, Derecho Penal Aplicado, Perfil Académico para la Magistratura y en Derecho Público. Diplomado en Razonamiento Jurídico y Análisis de Sentencias del Tribunal Constitucional, Enseñanza Superior del Derecho, Litigación Avanzada, Oratoria y Presentaciones de Impacto, Derecho Empresarial, Laboral, Procesal Constitucional, Procesal Penal, Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica, Derecho Procesal Constitucional y Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional, Derecho Procesal Penal y Técnicas de Litigación Oral, Derecho de Familia del Niño y del Adolescente; y en Civil y Procesal Civil. Estudios de Filosofía, Psicología, Marketing, Italiano, Inglés y Traductor Intérprete del Idioma Portugués avanzado. kimblellmen@hotmail.com

I. DESDE EL PRINCIPIO.-

La presente entrega se encuentra abocada al necesario análisis acerca de una de las figuras laborales, denominada “no laboral o no autónoma”, la misma que fue y viene siendo pasible de una problemática, desnaturalización como especial atención y expectativa por parte de sus actores (empleador, “trabajador”, poder legislativo y poder judicial)- así como de la comunidad jurídica y no jurídica-; esto es: La Contratación Administrativa de Servicios (CAS), a la luz del *iter* o devenir vigencial de su Ley y Reglamento.

En primer término, cabe traer a colación que la Contratación Administrativa de Servicios debe su existir a la dación del Decreto Legislativo N° 1057, publicado en fecha 28/06/08 y a su reglamentación vía Decreto Supremo N° 075-2008, publicado el 25/11/08, en el marco de las facultades legislativas delegadas por el Congreso al Ejecutivo, que tenía la imperiosa finalidad de la implementación (fortalecimiento institucional y modernización del Estado) del Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) con EE.UU. (se entiende que dicho país condicionó literalmente su firma a la previa subsanación de no pocos como insalvables requisitos, por parte del Perú); en otras palabras, que en virtud a dicho Tratado el Estado peruano se vió obligado (debido a la referida condición *sine qua non*) a construir mayor número de carreteras, a otorgar mayor acceso a la regularización de la propiedad privada (mayor número de registradores públicos), a la consolidación de la seguridad jurídica (incremento de magistrados titulares), etc., y por supuesto, al reconociendo de los derechos laborales de los trabajadores; como efectivamente lo hizo (salvo, en *strictu sensu*, el último); ya que en el acápite II. del presente Informe, veremos que no necesariamente fue así.

Por otro lado, tenemos que los objetivos que persigue el CAS, según la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1057, son: **i)** permitir el acceso a la seguridad social, tanto en materia asistencial como pensionaria. Con ello se tendrá no solo protección en materia de enfermedad, accidentes, etc., si no derecho a licencias y, en el largo plazo, prestaciones por invalidez, vejez y sobrevivientes, **ii)** reconocer derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales pertinentes; y **iii)** dotar de una normativa apropiada a las formas contractuales que hasta la fecha no habían sido reguladas por norma alguna.

Sin embargo, es preciso señalar que con anterioridad de la dación del referido Decreto Legislativo, coexistían tres regímenes aplicables al personal al servicio del Estado: **i)** el régimen general público o estatutario (Decreto Legislativo N° 276), dentro del cual existen una serie de regímenes de carrera especiales como el fiscal, judicial, etc., **ii)** el régimen laboral privado (Decreto Legislativo N° 728); y **iii)** los Servicios No Personales –SNP (Código Civil); ahora con el CAS se estaría reemplazando a los SNP, subsistiendo en la actualidad tres regímenes, cada uno regulado por principios, procedimientos y criterios diferentes.

II. LA PARADOJA DE SU APLICACIÓN.-

En ese orden de ideas, tenemos que si bien es cierto que el CAS se constituyó aparentemente en un avance en la búsqueda de la equidad en el reconocimiento de derechos del personal al servicio del Estado, si se compara con el hoy inexistente SNP, pero resulta un retroceso, en tanto que se busca propiciar la igualdad de trato, la uniformidad y ordenamiento de la normativa del servicio civil, además, en medio de estos regímenes, también se busca, sin desparpajo alguno, excluir a los trabajadores públicos de la normas laborales y encubrirlos en el marco del Derecho Administrativo, pero no dentro de un régimen estatutario, meritocrático, de igualdad de oportunidades, de ascenso, es decir, del desarrollo de una carrera pública, si no en un contrato especial, que genera más dispersión, el establecimiento de algunos o diversos niveles o porcentajes de derechos laborales y que sigue generando a su vez la contingencia de mayor número de fallos jurisdiccionales que reconozcan la existencia de un contrato de trabajo pleno en el marco de la regulación de la regulación laboral privada, con la connotación económica y social que ello importa. Ergo, conforme a lo afirmado se puede colegir que la dación del CAS no se constituye realmente en avance alguno.

En tal sentido, afirmamos que el CAS proviene de una fuente ilícita, ya que es producto de un fraude o simulación ya que los servidores que fueron SNP se les impuso el CAS como contratación (a efectos de su regularización laboral), en lugar de mantener sus derechos laborales o en su caso incrementarse, en realidad se les obligó a renunciar a todo lo que ya habían logrado en términos legales, sometiendo feloníamente el reconocimiento de dichos derechos a absurdas variables aleatorias, relacionadas con las necesidades de la dependencia pública y su disponibilidad presupuestaria.

En consecuencia, tenemos que la naturaleza o situación jurídica sui generis de los CAS resulta realmente un ejemplo de lo que en doctrina se denomina: “labor excluida o no laborizada”, ya que pese a ser una prestación personal, subordinada y remunerada (y que contrariamente a ello, encierra sin lugar a dudas la existencia de una relación laboral); es injustamente excluida por mandato legal (y no legítimo) del ámbito de aplicación del Derecho Laboral.

Por otro lado, se advierte que en la tratativa del CAS se ha actuado a espaldas de la ineficaz Ley Marco del Empleo Público, he ahí el origen de la negación de todas las garantías y derechos implícitos al contratado (alquilado), vía CAS, bajo la naturaleza del ámbito del Derecho Administrativo y no desde su ínsita como innegable correspondencia a los predios del Derecho laboral.

La contratación CAS, sirve entonces para gestar de manera clandestina el recorte o disminución de los derechos laborales al personal contratado bajo dicha modalidad, a través de la sola y pura decisión de la Administración, inmotivada, por cierto, aún cuando se lesione el derecho fundamental al trabajo y contrariamente al más que nunca emergente derecho procesal contemporáneo: el debido proceso. Sin embargo, se puede afirmar que el contratado vía CAS, una vez que ve agotado su contrato y en caso considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados, tiene expedito su derecho de acudir por proceso de amparo incluso sin agotar la vía previa establecida en la misma normativa del CAS.

Es así que con acierto TOYAMA MIYAGUSUKU, explica: “estamos ante personas contratadas sin patria laboral, pues, la normativa que diseña el CAS tiene una preocupación constante por alejarlos de la laboridad”.¹

Sin embargo, vemos que la judicatura ordinaria viene reconociendo recientemente la existencia de una relación laboral de los CAS.

En efecto, tenemos que las Cortes Superiores de Cajamarca y San Martín han establecido que dicha figura (el CAS) entraña la existencia de una relación laboral (al margen que su propia regulación lo niegue- estableciéndola como una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado, alejada del Derecho del Trabajo-); ordenando la reposición de los demandantes en sus puestos de trabajo.

Así, apreciamos que el primer caso se plasmó vía la Sentencia N° 055-2009-SEC, emitida en el proceso de amparo N° 2008-1703 por la Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Cajamarca. Dicha sentencia fue emitida en un proceso donde una persona contratada mediante CAS demandó al Instituto Nacional de Cultura de Cajamarca una vez que su contrato se extinguió. La decisión de la referida Sala (*ad quem*) confirmó la del primer grado (*a quo*) que declaró fundada la demanda de amparo y a su vez ordenó la reposición de la demandante en las labores que, antes de extinguirse el CAS, venía prestando en la entidad demandada.

El segundo caso se configuró a través de la Sentencia emitida en el Expediente N° 2009-0097 por la Sala Mixta Itinerante de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín. La señalada sentencia fue emitida en la segunda instancia de un proceso de amparo en donde se demandó a la Municipalidad Provincial de Rioja. La decisión de la Sala Mixta confirmó la sentencia de primer grado, que declaró fundada la demanda de amparo y nula la carta que daba por extinguido el CAS y, además, se ordenó la reposición de la demandante en el cargo de obrera de limpieza pública de la entidad estatal demandada.

Así también, tenemos que la tercera Sala laboral de la Corte superior de Justicia de Lima, en la sentencia correspondiente al Expediente N° 6508-2009 IDA (A y S), en el proceso seguido por Juan Isaac Zavala Chaupin contra el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural (Agro Rural), confirmó la sentencia de primera instancia que inaplicó al caso del demandante el régimen CAS por ser contrario a la Constitución, disponiendo su reconocimiento como trabajador, así como el pago de los beneficios sociales peticionados.

En ese orden de ideas, se aprecia que a pesar que este tipo de decisiones (acerca de la relación laboral que implica el CAS) no han sido emitidas por el Tribunal Constitucional peruano (TC) o por la Corte Suprema (CS), no se debe desconocer que ciertamente constituyen sentencias con calidad de cosa juzgada (aunque de naturaleza ordinaria y aún no constitucional) y que, por tal razón, sientan pronunciamientos que generan contundentes efectos persuasivos (en los cuales se aprecia el reconocimiento del principio laboral por excelencia del principio de la primacía de la realidad sobre la forma- denominado también: fraude a la ley o desnaturalización de la laborización, que

¹ Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. Grupo Empresarial Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 35.

se constituye en una suerte de intento de elusión del Derecho Laboral utilizando figuras que son impropias para una relación auténticamente laboral²-), al menos en los distritos judiciales mencionados.

A propósito del recientemente reconocimiento judicial reseñado acerca de la existencia de una relación laboral de los CAS, resulta imprescindible precisar que en mérito a la relación de marras, son necesarios tres elementos para que la misma (no solo en el caso de los CAS) se configure, a saber: **i)** una prestación personal de servicios de una persona natural a otra persona natural o jurídica de derecho privado o público, **ii)** encontrarse bajo una subordinación, y **iii)** servicio realizado pasible de ser contraprestado, es decir, que exista remuneración de por medio.

Así, tenemos que las reflexiones elaboradas por HUAMÁN ESTRADA³ resultan imprescindibles para poder más profundamente que la normativa del CAS efectúa una diferenciación que debe ser calificada como discriminación, en tanto que realizado el análisis de proporcionalidad del trato diferenciador de la citada norma, no existe la causa justificante que valide la diferenciación; por lo que el CAS es una manifestación de un “(...) tratamiento diferenciador de los contratos a través de este régimen y los trabajadores del régimen laboral privado y público. Es un tratamiento diferenciador porque no reconoce la naturaleza laboral del vínculo jurídico, y, segundo, porque otorga menos beneficios y derechos laborales que los que titularizan los primeros”; además señala que la diferenciación no es proporcional, en tanto no persigue un fin constitucionalmente válido, siendo innecesaria al existir otras medidas que permitirían conseguir el mismo fin y que resultaban menos restrictivas, y por último la normativa del CAS no es una medida ponderada ya que no existe proporcionalidad entre la restricción y las ventajas que se pretenden alcanzar; es decir, según el autor estamos “ante una medida desproporcional, que por tal razón, resulta inconstitucional”.

III. PRETENSIONES DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA.-

Sin perjuicio de lo desarrollado en el presente trabajo, consideramos oportuno alertar acerca de lo que actualmente busca el Legislativo, ya que recientemente (15/04/10) la Comisión de Trabajo del Parlamento (luego de evaluar varios proyectos de ley que buscaban reformar e, incluso, derogar la normativa del CAS; esto es: del Decreto Legislativo N° 1057); ha emitido un dictámen, por el cual pretende reformar la normativa que regula el contrato de modalidad CAS, proponiendo sea considerado como una modalidad propia del Derecho Laboral.

El mencionado documento, principalmente señala que este contrato es una modalidad especial y transitoria propia del Derecho laboral y privativa del Estado. Así también, se establece que el CAS se celebra a plazo determinado y es renovable, siendo el plazo máximo de contratación de tres años. Transcurrido este periodo el contratado deberá ser incorporado al régimen laboral ordinario de la entidad contratante, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos del concurso de mérito y capacidad exigidos legalmente. Se establece, además, que la no renovación debe justificarse en causa objetiva.

² Vici TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Ob. Cit.* p. 53.

³ HUAMÁN ESTRADA, Elmer. *El Contrato administrativo de servicios y su incipiente análisis jurisprudencial. Comentarios a una reciente sentencia.* En: Actualidad Jurídica. Grupo Editorial Gaceta Jurídica. Tomo N° 196. Marzo 2010. Lima, pp. 253-254.

También, establece que si el contratado cumple labores de funcionario de confianza o funcionario directivo, la entidad contratante puede resolver unilateralmente el contrato, antes del plazo pactado sin motivo alguno; en cambio si las funciones que se cumplan son las de un servidor público, se deberá pagar una indemnización como la estipulada en el régimen laboral privado en caso que haya una resolución unilateral de la entidad contratante. Esta novedad dista de la actual regulación, la cual establece en este último caso una penalidad equivalente a las prestaciones dejadas de percibir con un tope equivalente al pago de dos meses.

Asimismo, se propone que a los contratados vía CAS deberá corresponderles un descanso anual de treinta días calendario continuos por año cumplido (y no de 15 días como establece la normatividad actual). Además, se establece que mediante el CAS no se puede menoscabar el ejercicio de libertades fundamentales, y, por tal razón, deviene o resulta nulo todo pacto o cláusula de renuncia de la libertad de asociación o sindicalización o cualquier otro derecho.

IV. CONCLUSIÓN.-

A modo de colofón, podemos afirmar:

i) Dichos “errores legislativos” (SNP, CAS, etc.) son los causantes que en la actualidad no se cuente con una tratativa legal pronta, debida y ordenada en el tema de la contratación laboral pública, lo que resulta hartamente merecedor de un pronunciamiento por parte de Tribunal Constitucional (el mismo que sería inconteniblemente previsible como contundentemente perjudicial para el Estado, ya que en su momento hizo lo propio en el caso de los SNP).

ii) Acerca de las razones por las cuales el Estado se encuentra actualmente sentenciando en contra de si mismo (es decir, contrario a si mismo), no debería su explicación si no a otro tema relacionado con el reconocimiento del principio laboral (aplicado al CAS): “ante igual función iguales derechos”, conjuntamente con su par: “tuitividad, protección o tutelación”, el de “legalidad” y principalmente con lo prescrito por el Art. 23 de la Carta Magna (que juridiza: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales o rebajar la dignidad del trabajador”) y su consiguiente inconstitucionalidad.

iii) La judicatura ordinaria (aunque en pocos pero decididos casos) ha revertido recientemente en sus respectivas sentencias la naturaleza o modalidad especial contractual administrativa (“no autónoma”) del CAS, en laboral.

iv) El tema/problema laboral *in comento* no solo se ha tornado en paradójico (por decir lo menos), si no que se encontraría generando un potencial e incontenible aluvión de acciones laborales (donde se acometerían lengua, pluma y pruebas en procesos judiciales en ristre) enarboladas por contratados bajo la modalidad CAS, en contra del sector estatal; ocasionando a su vez lo más penoso aún, cual es, la aceptación (del patético como reincidente geológico yerro del Estado), de que si al momento de la dación de la Ley (CAS) y Reglamento (RECAS), fue no reconocerles derechos laborales largamente postergados (ayer a los SNP, hoy a los CAS), en procura de

ahorrarse algún dinero (“gracias” al temerario como irresponsable hecho de en su momento no haber incluido a planillas a los SNP- hoy CAS- y que dicho sea de paso según el Ministerio de Economía y Finanzas, hasta hace unos meses dichos servidores ascendían a más de 90,000 a nivel nacional), en su momento estos últimos fácilmente podrían generarle (como ya lo vienen haciendo, conforme a lo reseñado en el acápite II. del presente) al Estado gastos muy superiores a los que nunca quiso asumir, al tener que enfrentar infinidad de demandas y en su caso sentencias (por no decir la totalidad) por concepto de reposiciones, pagos por derecho de devengados, entre otros.

Es decir, en resumidos términos, parafraseando a Federico G. MESINAS MONTERO⁴, acotamos, que al haber optado el Estado en el caso del CAS (al igual que siempre) por lo barato, no solo le saldría clamorosamente caro, si no carísimo (al margen de haber inaplicado lo prescrito en la mismísima Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1057); lo cual ciertamente preocupa sobremanera.

v) Huelga como acotación final, referir que a propósito de lo esbozado en la presente entrega, que lo acontecido en sede judicial respecto del CAS, obedece inequívocamente a una forma de sintonización con el gran como irrefrenable avance de las cuasi nuevos sistemas, teorías o tendencias jurídicas que experimenta el Orbe (y respecto de los cuales el Estado peruano no puede sustraerse por no resultarle extranjero o ajeno), es decir, el Derecho Global y específicamente, el Neoconstitucionalismo⁵, ya que este último propugna la prevalencia del Estado Constitucional de Derecho (constitucionalista, principista- o *civil law* recargado-; es decir, que tiene a la Constitución Política como un nuevo orden de valores) en desmedro, postergación o descalificación del otrora Estado de Derecho (única y escasamente legalista o *civil law* tradicional o convencional). Todo ello en innegable beneficio no solamente del CAS, claro está.

⁴ MESINAS MONTERO, Federico G. *La problemática de los contratos administrativos de servicios ¿lo barato sale caro?*. En: *Dialogo con la Jurisprudencia. Actualidad análisis y crítica jurisprudencial*. Grupo Editorial Gaceta Jurídica. Tomo N° 139. Abril 2010. Lima, p. 10.

⁵ TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. *Derecho global y neoconstitucionalismo. Teorías jurídicas contemporáneas*. “En línea”, recuperado el 24/05/10 de [Teleley.com: http://www.teleley.com/articulos/art-dg.pdf](http://www.teleley.com/articulos/art-dg.pdf). También del mismo autor puede verse “En línea”, recuperado el 24/05/10 de [Elnotariado.com: http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/322.doc](http://www.elnotariado.com/images_db/noticias_archivos/322.doc).