

**UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES  
FACULTAD DE DERECHO**

**SECCIÓN DE POSTGRADO  
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO**



**INVESTIGACIÓN ACADEMICA**

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL CONTRATO  
ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS – CAS**

Investigador Principal: Dr. Gino Ríos Patio

Doctorando: Silvia Consuelo Rueda Fernández

Lima – Perú 2011

## **SUMARIO**

### **PRIMERA PARTE**

#### **MARCO METODOLOGICO**

- 1.- INTRODUCCION
- 2.- FUNDAMENTACION DEL PROBLEMA
- 3.- FORMULACION DEL PROBLEMA
- 4.- JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION
- 5.- MARCO TEORICO
- 6.- OBJETIVOS: GENERAL Y ESPECIFICOS
- 7.- HIPOTESIS: PRINCIPAL Y SECUNDARIAS
- 8.- VARIABLES: INDEPENDIENTES Y DEPENDIENTES
- 9.- TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS

### **SEGUNDA PARTE**

#### **DESARROLLO DE LA INVESTIGACION**

- 1.- INDICE DE CONTENIDO
- 2.- CONCLUSIONES
- 3.- RECOMENDACIONES

## **TERCERA PARTE**

### **ANEXOS DE FORMULACION DOCUMENTAL**

## **INDICE DE CONTENIDO**

### **CAPITULO I**

#### **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA: Reconocimiento de la dignidad humana.**

Origen del Principio de Dignidad Humana

Evolución histórica

Concepto, reconocimiento y protección

Justificación del orden político y jurídico

### **CAPITULO II**

#### **EL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJO: Elemento de protección socio económico de la persona humana en el Estado de Derecho.**

Origen y evolución histórica

Concepto y naturaleza jurídica

Principios de Derecho Laboral

### **CAPITULO III**

#### **EL CONTRATO DE TRABAJO**

Concepto

Características esenciales

Elementos del Contrato de Trabajo

Principales beneficios laborales

### **CAPITULO IV**

#### **CONTRATACIÓN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO**

Clases de Contrato de Trabajo

Contrato de Trabajo del Régimen Privado. Decreto Legislativo N° 728.

Contrato de Trabajo del Régimen Público. Decreto Legislativo N° 276

El Contrato de Locación de Servicios

El Contrato de Servicios No Personales

### **CAPITULO V**

#### **EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS: Régimen laboral especial, privativo y marginal.**

Origen legal

Ley de Contrataciones del Estado

Ley del Contrato Administrativo de Servicios

Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo de Servicios

Características del Contrato Administrativo de Servicios

Régimen Laboral especial, discriminatorio y marginal

## **CAPITULO VI**

### **Análisis y crítica de los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional**

Inconstitucionalidad Formal del Decreto Legislativo N° 1057

Naturaleza del Contrato Administrativo de Servicios

Inconstitucionalidad Material del Decreto Legislativo N° 1057

## **CAPITULO VII**

### **ANÁLISIS DE ESTADÍSTICAS Y ENCUESTAS**

Estadísticas

Encuestas

## **CAPITULO VIII**

### **CONCLUSIONES**

### **RECOMENDACIONES**

## **CAPITULO IX**

### **BIBLIOGRAFIA**

## **CAPITULO X**

### **ANEXOS DOCUMENTARIOS**

Datos Estadísticos

Encuestas

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación plantea el análisis de la constitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios en la Administración Pública (CAS), que es una de las figuras laborales denominada “no laboral o no autónoma”, la misma que viene siendo pasible de una problemática desnaturalización con especial atención y expectativa por parte de sus actores (empleador -Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial-, trabajador –servidores públicos-) así como de la comunidad jurídica y no jurídica.

El CAS (Contrato Administrativo de Servicios), se legisla con la naturaleza o situación jurídica *sui generis* que en doctrina se denomina: “labor excluida o no laborizada”, ya que pese a ser una prestación personal, subordinada y remunerada, conteniendo por ello sin lugar a dudas la existencia de una relación laboral; es injustamente excluida por mandato legal, no legítimo, del ámbito de protección plena del Derecho Constitucional al Trabajo.

Para analizar esta problemática es necesario recordar que la dignidad es un concepto que alude al valor intrínseco de la persona humana, no dependiente de factores externos; lo cual está conectado con el hecho de que la persona humana es un fin en si mismo y no un medio, porque es un ser trascendente debido a que posee razón y puede decidir su vida, ser libre, escoger entre el bien y el mal, de ahí que una de las principales manifestaciones de esa trascendencia humana es el trabajo, el cual recuerda la dignidad humana por ser un acto de creación personal.

Este postulado básico del Derecho Laboral y demás principios esenciales, han sido dejados de lado con la aparición del CAS.

En este sentido, la investigación de esta problemática social se realizó por el interés de demostrar que el Contrato Administrativos de Servicios en cuestión, es inconstitucional, afecta el reconocimiento de los derechos laborales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha emitido recientemente una sentencia reconociendo la existencia de una relación laboral en los Contratos Administrativos de Servicios, decisión que sin embargo contiene un tratamiento discriminatorio porque dicho régimen otorga menos beneficios y derechos laborales que el otro régimen laboral público, pese a que se desempeñan idénticas funciones, cargos y ocupaciones para un mismo empleador.

Con la demostración de la inconstitucionalidad del CAS en el desarrollo del presente trabajo académico, aspiramos a que se anule dicho régimen de contratación tendiendo a la unificación de la contratación laboral en el Sector Público, ó o en su defecto manteniendo la denominación se reconozca plenamente los derechos y beneficios laborales, a fin de evitar más y mayores perjuicios a los miles de trabajadores públicos que se ven afectados en su derecho constitucional al trabajo.

### **FUNDAMENTACION DEL PROBLEMA**

Así, el trabajo es reconocido en el artículo 22° de la Constitución Política del Perú de 1993 como la base del bienestar social y el medio de realización de una persona. En el artículo 23° de la misma Carta Política se impone una obligación al Estado de brindar atención prioritaria al trabajo en sus diversas modalidades, además se dispone que ninguna relación laboral pueda limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Teniendo como sustento este contexto normativo de la mayor jerarquía de las normas constitucionales y derechos fundamentales antes referidos; en el ordenamiento jurídico de nuestro país coexistían dos grandes regímenes de contratación laboral, el régimen público regulado por el Decreto Legislativo N° 276 y el régimen privado regulado por el Decreto Legislativo N° 728; regímenes aplicados al sector público y que a pesar de ciertas diferencias no colisionan con derechos fundamentales y cumplen satisfactoriamente

con la protección de los derechos laborales.

La vigencia de la norma inconstitucional del contrato administrativo de servicios ha ocasionado la masificación de su aplicación en las diversas entidades públicas, con la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores contratados; en el ámbito jurisdiccional se ha creado una situación crítica, frente a la sentencia vinculante del Tribunal Constitucional limitante de la protección de los trabajadores CAS, que en un inicio vía control difuso, los Jueces inaplicaban el inconstitucional Decreto Legislativo N° 1057 procediendo a la desnaturalización del contrato en cautela de los derechos laborales, sentencias que eran aprobadas por la Corte Suprema; empero con la declaración del Supremo Interprete sobre la constitucionalidad del CAS, los trabajadores no logran obtener protección efectiva frente a las violaciones de sus derechos laborales ni contra los actos de arbitrariedad que se dan en las relaciones laborales.

### **FORMULACION DEL PROBLEMA**

El contrato administrativo de servicios (CAS) como un tercer régimen de trabajo para las personas que prestan servicios en el sector público, desconoce la plena naturaleza laboral de los servicios que prestan dichas personas, excluyéndolas del goce y disfrute de derechos laborales reconocidos en las normas constitucionales, que son de carácter irrenunciable, afectando el fundamental derecho a la igualdad y creando una situación de conflicto ubicado en la intersección del derecho constitucional, el derecho laboral y el derecho internacional de los derechos humanos, en perjuicio de una gran cantidad de trabajadores que prestan servicios para diversas instituciones del Estado.

Para establecer la inconstitucionalidad del contrato administrativo de servicios, es necesario precisar su verdadera naturaleza jurídica y consecuentemente explicar los fines del Estado, que encuentran sustento en la persona humana, cuya dignidad es a su vez generadora de los



derechos fundamentales, los que constituyen la base axiológica justificante del orden político y jurídico; asimismo destacar los fines del Derecho como instrumento regulador de la vida social, lo cual nos permitirá poner de manifiesto el carácter del derecho al trabajo como una expresión del principio y derecho de dignidad humana.

Con la finalidad que el Estado en su política laboral para el sector público, sea coherente y respetuoso de la supremacía objetiva y subjetiva de las normas constitucionales, es indispensable que la correspondiente regulación legal laboral reconozca y garantice el disfrute y ejercicio de los derechos laborales en condiciones satisfactorias y adecuadas para el respeto de la dignidad y la promoción del desarrollo de la persona humana.

En tal sentido el problema de la validez constitucional del Contrato Administrativo de servicios se plantea de la siguiente manera:

- ¿Es el Contrato Administrativo de Servicios un régimen laboral para el Sector Público que está conforme a lo dispuesto por el artículo 40 de la Constitución Política del Estado?
- ¿El Contrato Administrativo de Servicios reconoce los derechos laborales de los ciudadanos sujetos a dicho régimen?
- ¿Los ciudadanos sujetos a dichos régimen se encuentran discriminados respecto a otros trabajadores del Estado sujetos al régimen del Contrato Administrativo de Servicios?
- ¿La sentencia emitida por el Tribunal Constitucional es congruente con lo preceptuado por el artículo 40 de la Constitución Política?
- ¿La naturaleza jurídica del Contrato Administrativo de Servicios no es de carácter laboral?

- ¿Puede el Contrato Administrativo de Servicios extinguir los derechos laborales de los ciudadanos sujetos a dicho régimen?

## **JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

El Contrato Administrativo de Servicios conlleva un impacto negativo a nivel social y económico; además, pone de manifiesto el grave incumplimiento por parte del Estado de su obligación constitucional de proteger el trabajo, respetar y hacer respetar los derechos constitucionales y laborales.

Por tal razón, el trabajo de investigación académica emprendido es importante. Servirá para evidenciar que en realidad el Contrato Administrativo de Servicios constituye una modalidad contractual laboral que afecta los derechos de los trabajadores y constituye un abuso del Estado.

Además esta investigación académica es de suma utilidad, toda vez que con las conclusiones y recomendaciones a las que se arriben se logrará evitar la continuidad de este régimen y concientizar a las autoridades en el irrestricto respeto de los derechos laborales.

El presente trabajo de investigación tiene un impacto en el sistema nacional de forma tal que, sin lugar a dudas, es un esfuerzo positivo de los alumnos del Programa de Doctorado de la facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres quienes hemos elegido este trabajo por considerarlo como una situación anómala en nuestro ordenamiento jurídico y por que denota nuestra preocupación por cautelar los fines del programa constitucional en materia laboral.

Surge, pues, la importancia y la necesidad de investigar académicamente para establecer la verdadera naturaleza del CAS y determinar, frente a los derechos laborales que afecta, su carácter inconstitucional por infracción a

normas y derechos laborales de carácter fundamental, que son irrenunciables, con la finalidad de plantear alternativas y recomendaciones para una mejor regulación y reconocimiento de los derechos laborales de aquellas personas que prestan servicios temporales en el sector público, sin afectar ni transgredir sus derechos inherentes a la dignidad de la persona humana en el ámbito laboral.

## **MARCO TEORICO**

En el desarrollo de este trabajo consideramos las principales teorías sobre los derechos fundamentales de la persona humana, considerando que éstas se han desarrollado influidas por la filosofía dominante en el momento histórico en que se gestó y que parte de diferentes concepciones del ser humano, al que atribuyen o niegan determinadas características inmanentes, se se desarrollará sobre el Principio – Derecho dignidad humana, su origen, evolución y dimensiones, destacando la importancia de este principio que como crisol proyecta su luz sobre los derechos fundamentales de toda persona humana que también se debe respetar en toda relación de trabajo.

Analizaremos la institución central del Derecho del Trabajo que da origen a una relación de trabajo, de la que surge la propia condición de trabajador y, por ende, todos los derechos laborales. Sobre los regímenes laborales existentes en el Sector Público que cuenta con personal bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728, Decreto Legislativo N° 276, al que se sumó el contrato administrativo de servicios para sustituir a los contratos de locación de servicios y los contratos por servicios no personales.

Se analizarán la naturaleza jurídica y los elementos que definen al Contrato Administrativo de Servicios y las diferencias con los otros regímenes laborales que se vienen aplicando en el sector público.

El análisis realizado considerando las opiniones de los destacados profesionales nos llevara a generar una opinión fundamentada respecto a la inconstitucionalidad de este régimen y además, de comprender los alcances de las normas que regulan esta modalidad especial de contratación.

Se analizará también la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 00002-2010-AI/TC, que estableció la interpretación del Contrato Administrativo de Servicios como un contrato de trabajo de un régimen especial y constitucional; la misma que tiene carácter vinculante, siendo aplicada en los procesos contenciosos administrativos laborales, en muchos casos para desestimar tales pretensiones con el perjuicio para los trabajadores que han sido incorporados masivamente en este sistema de contratación, que al haber sido declarado constitucional los deja sin protección contra el despido arbitrario.

## **OBJETIVOS**

### **GENERAL**

Demostrar la inconstitucionalidad del contrato administrativo de servicios.

### **ESPECIFICOS**

Explicar la naturaleza jurídica laboral del contrato administrativo de servicios.

1. Comprobar la afectación de los derechos laborales en el contrato administrativo de servicios.

2. Explicar la violación de los derechos a la dignidad e igualdad en el contrato administrativo de servicios.

## **HIPOTESIS**

### **PRINCIPAL**

El contrato administrativo de servicios es inconstitucional

### **SECUNDARIAS**

1. El contrato administrativo de servicios tiene naturaleza jurídica laboral
2. El contrato administrativo de servicios afecta gravemente los derechos laborales de los trabajadores sujetos a este régimen.
3. El contrato administrativo de servicios viola gravemente los derechos a la dignidad e igualdad de los trabajadores sujetos a este régimen.

## **VARIABLES**

### **INDEPENDIENTES**

1. El carácter irrenunciable de los derechos fundamentales están basados en la dignidad e igualdad de la persona humana
2. Ningún contrato de trabajo puede eliminar o restringir los derechos laborales.

## **DEPENDIENTES**

1. La modificación del régimen normativo del contrato administrativo de servicios respetando los derechos humanos y laborales
2. La modificación de criterio jurisprudencial sobre el actual régimen normativo del contrato administrativo de servicios respetando los derechos humanos y laborales

## **INTERVINIENTE**

El cambio de la forma de Estado democrático a totalitario

## **TECNICAS DE RECOLECCION DE INFORMACION**

La investigación académica que desarrollaremos recolectará la información de base para el trabajo de análisis crítico, riguroso y su contrastación con la realidad nacional, de las siguientes fuentes:

1. Bibliografía jurídica especializada en materia Constitucional, Teoría de Derechos Humanos, Derecho Laboral, Derecho Administrativo y Derecho Civil.
2. Encuestas a la población laboral sujeta al régimen del Contrato Administrativo de Servicios.

# **CAPITULO I**

## **LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA: RECONOCIMIENTO DE LA DIGNIDAD HUMANA**

### **ORIGEN DEL PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA**

El principio de dignidad humana es un principio rector del derecho constitucional y base de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos; así nuestra Constitución Política del año 1993 establece en su primer artículo “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; estableciendo a la persona humana y su dignidad como máximo valor del ordenamiento jurídico; en igual forma la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 1 prescribe “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

La dignidad humana, ha cobrado relevancia como principio de derecho y sustento del Estado Constitucional recientemente en las últimas décadas, a pesar de que la noción de dignidad humana es bien remota y se ha desarrollado en la historia gracias al trabajo de filósofos, humanistas, sociólogos y juristas. Señalan algunos autores, que este principio al igual como otros, llegan con retraso al derecho positivo después que han sido desarrollados por otras áreas y sobre todo por los filósofos y humanistas.

Los prolegómenos del principio de dignidad humana, se encuentran en la filosofía griega antigua, la filosofía estoica señalaba que, así como los animales son guiados por un instinto, igual los hombres son guiados por la razón que le orienta como actuar<sup>1</sup>. Aristóteles (384-322) definió por primera

---

<sup>1</sup> ABBAGNANO, Incola, Diccionario de Filosofía, voz “Estoicismo”, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, p. 462-463.

vez a la persona considerándola un animal racional o animal que posee razón; el término “persona” cobró más importancia con el Cristianismo especialmente en el nuevo testamento cuyas predicas están dirigidas a relevar la importancia de la persona humana como un ser valioso digno de amor y perdón en todo lo que haga; un ser proveniente y hecho a semejanza de un Dios creador del mundo y de la naturaleza, con una esencia que lo hace superior a toda creación divina; sin embargo, volviendo a la filosofía antigua, fue Platón (428-347 A.C.) que señaló en su obra “Georgias” que “la persona ha de ser afirmada por sí misma y por su dignidad”.

Santo Tomas de Aquino (1225-74) en sus obras expresaba que “el termino dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia, desarrolla sobre la dimensión ontológica de la persona cuya esencia viene de Dios; algunos autores discrepan que Santo Tomas haya sido el “autor fuente” de las nociones de dignidad humana y derechos de la persona, reconociendo a Emmanuel Kant como el inspirador del concepto de dignidad humana, sin embargo admiten que la dimensión ontológica del ser humano que desarrolló Santo Tomas, es justamente lo que ahora denominamos dignidad humana: Ese valor ontológico especial es lo que llamamos dignidad humana: “Esto se deriva del pensamiento de Santo Tomás aunque él no lo haya dicho así. Es nuestra sensibilidad histórica actual, nuestro actual horizonte de precomprensión, el que nos hace “ver” estas virtualidades, presentes en potencia en el núcleo central en acto del pensamiento de Santo Tomás. Ahora bien, si en esa sensibilidad histórica Kant puso su grano de arena, entonces felicitaciones para Kant...”<sup>2</sup>.

Sigmund Freud (1856-1939) psiquiatra y psicoanalista ha sido uno de los que más ha contribuido para definir y entender el concepto persona, a pesar de sus cuestionadas interpretaciones de que en la misma persona luchan dos instintos fuertes y extremos, el Eros (instinto de placer), y Tànatos (instinto de muerte o destrucción), han sido sus trabajos e ideas sobre la

---

<sup>2</sup> ZANOTTI Gabriel J., “Dignidad Humana y Derechos de la Persona: ¿Cristianismo o Kant?”. A Propósito de un debate en “Markets & Morality, Marzo, 2006.



persona humana, muy cuestionados y discutidos que sirvieron para difundir y llamar la atención sobre la calidad de persona humana; Giovanni Pico Della Mirandola escribe en el siglo XV un ensayo denominado “Discurso sobre la dignidad del Hombre”, señalando que Dios otorgó solo al hombre el libre albedrío para decidir y poder ser tan divino como los ángeles o caer mas abajo que los animales, estableciendo la dignidad humana en la libertad que tiene el hombre para decidir.

Tomas Hobbes (1588-1679) en su famosa obra “Leviatán”, considerado como un manual sobre la naturaleza humana y organización de la sociedad, partía de una definición de hombre reconociéndole derechos y capacidad para realizar el pacto social, y crear el Estado que debía procurar el bien de todos los súbditos y del Estado mismo.

John Locke (1632 – 1704), precursor del empirismo y liberalismo moderno, enfatizó sobre los derechos de la persona frente a la autoridad del Estado, que el poder pertenece al pueblo, que todos esos elementos que contribuyen a una vida digna propia de la naturaleza humana, como son la propiedad, la vida, la libertad y el derecho a la felicidad vienen a ser derechos naturales de los hombres y anteriores al Estado, al que concebía como un Estado subordinado a la persona humana, a su protección y respeto de sus derechos; inspiró a los colonos de Norteamérica en la llamada Revolución Americana, destacando García de Enterría: “Locke, que ha efectuado la capital conversión técnica del abstracto Derecho Natural en los derechos del hombre (derechos que proceden del estado de naturaleza del hombre, que éste no trasmite en el pacto social, antes bien el pacto social se ordena justamente a su salvaguarda y garantía), concluye estableciendo el supreme power de la comunidad para preservar las libertades y propiedades de los ciudadanos of anybody, even their legislators, frente a cualquiera, aún frente al legislador, con lo que los derechos naturales pasan a ser el último test de validez de las leyes positivas”<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Javier, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Civitas Ediciones, Reimpresión 2001, Madrid, pagina 52.

Charles Louis de Secondant, Barón de Montesquieu (1689 – 1755), gran pensador francés y padre de la separación de poderes del Estado, destacaba la importancia de dividir el poder del Estado como una forma de control y limitación del poder, que asegurará la libertad del ciudadano; Montesquieu señalaba que “la libertad política para un ciudadano consiste en la tranquilidad de espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su propia seguridad; y para que se tenga esta libertad, es necesario que el gobierno sea tal que un ciudadano no pueda sentir temor de otro ciudadano”<sup>4</sup>.

Emmanuel Kant (1724-1804) desarrolla en mayor profundidad este principio y escribe “La humanidad misma es una dignidad”<sup>5</sup>, expresa que ningún hombre puede tratar a otro hombre como un objeto, herramienta o instrumento, sino como un fin y en ello reside su dignidad, la que tiene por sustento el ejercicio de su libertad; el autor Peter Kemp es quién logra sintetizar el pensamiento de Kant sobre la dignidad humana en la siguiente fórmula: “La dignidad humana consiste en reconocer que cada hombre es irremplazable”<sup>6</sup>, en que el hombre es el maestro de la naturaleza, en virtud de su naturaleza racional, debiendo el ser humano llevar siempre una vida digna.

Es en este contexto histórico que la dignidad de la persona humana se forja no como un derecho establecido, sino como un derecho reconocido, que es inmanente y natural que detenta toda persona humana, un derecho que subordina al Estado, sustenta la división de poderes, el control de funciones en base al reconocimiento, garantía y protección de los derechos fundamentales, el principio de dignidad humana constituye un límite al poder del Estado, y una finalidad en su actuación.

---

<sup>4</sup> PEREZ ARROYO, Javier. Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 2005, página 711.

<sup>5</sup> KANT, Emmanuel, *Metafísica de las Costumbres*, traducción de Manuel García Morente. Edición digital basada en la 6ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1980.

<sup>6</sup> KEMP, Peter, *Irremplazable*, Le Cerf, París, 1991, p.33.

El Preámbulo de la Constitución Americana de 1787, siguiendo el pensamiento de John Locke, determina el objetivo Constitucional en razón de las personas, de fomentar el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad para los colonos y sus sucesores: “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta, establecer la justicia, garantizar la tranquilidad nacional, tender a la defensa común, fomentar el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para nuestra posteridad, por la presente promulgamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América”.

Paradójicamente Alemania pese a haber sufrido la segunda guerra mundial en que se violaron todos los derechos fundamentales de las personas; con el tiempo ha pasado a ser el país que lidera el desarrollo sobre los derechos humanos y su protección; pese a la anécdota histórica, de que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania del 23 de mayo de 1949, fue elaborada y prácticamente impuesta por los aliados (Constitución que se legitimó en su ejercicio).

La Constitución alemana consagra en su artículo primero justamente la protección de la dignidad humana: “Artículo 1. Protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”.

Karl Loewenstein (1891 -1973) filósofo alemán, con reconocimiento internacional como uno de los mentores del Constitucionalismo moderno, señalaba en su obra “Teoría de la Constitución” que nadie podía estar sometido a otro semejante sin negar su propia esencia humana sin “cosificarse”, rescatando la dignidad humana como valor<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución (Capítulo V). Traducción de Alfredo Gallego

Dignidad humana, que como lo hemos señalado al iniciar este capítulo, a la fecha se encuentra reconocida en toda Constitución de un Estado Constitucional, en todos los tratados sobre derechos humanos, y se ha desarrollado en su doble dimensión, como principio constitucional, y como derecho fundamental.

## **CONCEPTO, RECONOCIMIENTO Y PROTECCION**

### **Concepto de Dignidad Humana**

En la doctrina no existe consenso sobre el concepto de dignidad humana, ni sobre la interpretación semántica de las palabras “dignidad” y “humanidad”; curiosamente sobre estos términos tan íntimamente vinculados al ser humano, aún no se ha logrado un concepto unívoco y en consenso, que nos identifique e individualice.

Mas, ante el avance de la ciencia, tecnología, biología (biotecnología) y medicina (biomedicina), las fecundaciones in vitro, manipulación genética y clonaciones, se vuelve mas complicado conceptuar que se entiende por ser humano, y desde cuando estamos ante un ser humano, “que se es” antes de ser humano, desde cuando “se es titular” de derechos como persona humana<sup>8</sup> merecedor de protección y con calidad de digno.

Algunos consideran necesario acudir a información histórica y raíces ontológicas en la naturaleza humana para entender que es persona

---

Anabitarte. Editorial Ariel S.A., Barcelona. 1976. páginas 149 – 199.

<sup>8</sup> Actualmente existe una preocupación por redefinir y utilizar otras palabras por considerar desfasado el termino de “persona humana”; en la legislación Argentina el artículo 51 del Código Civil utiliza el termino “personas de existencia visible”, regulando “*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*”.

humana; otros acuden a la biojurídica<sup>9</sup> esperando obtener una respuesta.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 definía en aquel entonces a la persona humana en su artículo primero inciso segundo: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, y no se pensaba en aquellos años que dicha expresión pudiera ser de otra forma.

Hoy en día existe una preocupación no solo por redefinir que se entiende y a quienes se comprende con el termino persona humana (incluso se usan otros términos como “persona autónoma”, “entes vivientes”, “personas de existencia visible”, “especie humana”<sup>10</sup>); mas lo que urge es la protección del ser, ente o persona humana, evitando su instrumentalización en todo sentido, aspecto y momento de la vida humana; no se trata de formulas ni de expresiones, sino de comprender, lo que ahora conocemos como ser humano cuya individualidad y dignidad es objeto de protección jurídica.

En cuanto a la dignidad, la situación tampoco es pacífica, planteándose la posibilidad de reconocer la dignidad de los seres humanos también en animales y plantas; indica el filosofo alemán Jurger Haberman que será la

---

<sup>9</sup> El Consejo de Europa en noviembre de 1996 aprobó el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, la Asamblea General de las Naciones Unidas ratificó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, aprobada por la XXIX Conferencia de la UNESCO el 11 de noviembre de 1997. El 16 de octubre del 2003 se aprobó la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos, y el 19 de octubre del 2005 se aprobó La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos aprobada por aclamación por la trigésima tercera sesión de la Conferencia General de la UNESCO.

<sup>10</sup> Angela Aparisi Miralles señala que “En concreto, los actuales debates sociales y políticos, existentes en muchos países occidentales y en los organismos internacionales (...), discusiones sobre el mismo significado y consecuencias jurídicas del principio de la dignidad humana”. En Torno al Principio de la Dignidad Humana (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias), pag. 261. Angela Aparisi Miralles, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Navarra, [aparisi@unav.es](mailto:aparisi@unav.es).

comunidad de diálogo, la que sostenga si la dignidad -no como atributo intrínseco u ontológico-, se atribuye a una vida en particular por las razones específicas.

La legitimidad de la eutanasia ha traído el debate de la dignidad en dos conceptos diferentes, residiendo la discusión en torno si la dignidad es atributo del ser humano como hijo de Dios como sustenta la religión, o si es un derecho subjetivo creado por ser el humano conforme a su capacidad de dar ley moral para si mismo. Para Roberto Andorno<sup>11</sup>, la súplica a la dignidad refleja la preocupación de promover el respeto al valor intrínseco de seres humanos y para la integridad del ser humano especie.

En este trabajo nos aproximamos al concepto de dignidad humana en tanto principio y derecho, en la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de protección y de reconocimiento en el ordenamiento constitucional, compartiendo lo señalado por Jurgen Habermas sobre la existencia de una conexión interna entre la noción moral de dignidad humana y la concepción jurídica de los derechos humanos; entendiendo que en el concepto de persona humana se incluye a todo ser viviente con características humanas.

## **RECONOCIMIENTO Y PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA**

La dignidad humana se encuentra presente en las declaraciones de derechos humanos, en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos humanos adoptada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 empieza considerando que la libertad, la justicia y la paz tienen por base “el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; el artículo primero consagra que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en

---

<sup>11</sup> ANDORNO Roberto, Dignidad Humana y Derechos Humanos como campo común tierra para una bioética global. En Revista de Medicina y Filosofía, 2009. Instituto de los Eticas Médicos, Universidad de Zurich, Suiza, andorno@ethik.uzh.ch2.

dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), y en vigencia desde el 23 de marzo de 1976, establece en el Preámbulo que “los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”, reconoce que estos derechos se derivan de la “dignidad inherente a la persona humana”, reconocen “no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”,

Como los hemos señalado, el concepto de dignidad humana tuvo un desarrollo posterior al de los derechos fundamentales y consiguió el auge después de la segunda guerra mundial, las atrocidades, crímenes de guerras, masacres del régimen nazi, constituyeron una respuesta que creció como un clamor, tal vez para reivindicar a los seres humanos que padecieron tamaños vejámenes y/o para evitar que ello vuelva a suceder.

Habermas expresa que “La defensa de los derechos humanos se nutre de la indignación de los humillados por la violación de su dignidad humana”<sup>12</sup>; señala que la dignidad humana no es únicamente una expresión clasificatoria como si fuera un parámetro de sustitución vacía, sostiene que constituye la fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento; considera que las experiencias de violaciones de la dignidad humana ha desempeñado un muchos casos una función creativa,

---

<sup>12</sup> HABERMAS Jürgen, El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, Dianota, volumen LV, número 64 (mayo 2010): página 6.

como la discriminación por diferentes razones, las insoportables condiciones de vida y la marginación de las clases sociales empobrecidas, el trato desigual a hombres y mujeres en el trabajo, entre otros, que “A la luz de tales retos históricos específicos, diferentes aspectos del significado de la dignidad surgen desde la plétora de experiencias de lo que significa ser humillado y herido profundamente<sup>13</sup>”.

Angela Aparisi anota que “La dignidad humana es un verdadero principio ético-jurídico, en cuanto que viene a plasmar una realidad esencial, el igual valor que todo ser humano tiene en sí mismo, lo cual le hace merecedor de un respeto incondicionado<sup>14</sup>”, la persona humana no puede ser cosificada, es ella quien predomina y el fin de la sociedad y el Estado, del respeto, de la dignidad de la persona humana depende el destino mismo del hombre, es fundamento de los derechos humanos.

Precisa Habermas que “la dignidad humana configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho”; Antonio Pelé expresa que “El hombre tiene un valor “en sí” y confiere al concepto de dignidad una dimensión ontológica significando algo sagrado. Además dicho valor tendrá consecuencias en los comportamientos ínter subjetivos: los individuos deberían tratarse con respeto es decir, siguiendo las palabras de Karl Larenz, reconociendo (...) la indemnidad de la persona y del otro en todo lo que concierne a sus existencia exterior en el mundo visible (...) y en su existencia como persona”, en el mundo visible se puede comprender la vida, integridad física, salubridad, trabajo, que necesita el individuo para su realización.

## **JUSTIFICACION DEL ORDEN POLITICO Y JURIDICO**

Los derechos humanos y en especial la dignidad de la persona humana

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen, op. Cit. Pag. 8.

<sup>14</sup> APARISI MIRALLES, Angela, op. Cit. Pag. 262.



constituyen la justificación del ordenamiento jurídico y político, pues es en el respeto de la persona, en la búsqueda de condiciones de su realización, en la regulación de sus interrelaciones (comportamientos ínter subjetivos), que se desarrolla el sistema jurídico y político.

Señala Ignacio Gutiérrez que para Durig la dignidad encabeza un sistema de valores, que en forma general la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia ha optado igualmente frente a las reservas de Durig, por atribuir a la dignidad humana la cualidad de derecho fundamental. “Su alcance mediante la fórmula Kantiana que proscribía la instrumentalización del hombre<sup>15</sup>”.

El principio de dignidad no solo involucra respeto, sino como indica el autor, resulta esencial la proscripción de la instrumentalización de la persona humana en todo ámbito.

En la era actual la dignidad del hombre no puede ser concebida desde la perspectiva de una subjetividad absoluta, sino como indica Gutiérrez, como una expresión jurídico – positiva del reconocimiento recíproco de los miembros de la comunidad jurídica como sujetos igualmente libres, y de la decisión de convertir tal reconocimiento en fundamento intangible del orden estatal y social.

No se desconoce que todo derecho tiene límites y someterse a ponderaciones, sin embargo “el mandato de respeto y protección de la dignidad humana, de acuerdo con su intención y su formulación, debe valer de forma universal e intangible<sup>16</sup>”, la dignidad no es solo un derecho es un principio, aportando Durig con la construcción dogmática del principio dignidad, mientras que Enders exhibe el camino con el reconocimiento de la subjetividad jurídica del hombre.

Cabe citar que en Alemania reconocida en la actualidad por los avances en

---

<sup>15</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, Barcelona, página 20.

<sup>16</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Página 38.

la protección de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Alemán preserva la intangibilidad de la dignidad, considerándola a plenitud un derecho fundamental, indicado Gutierrez que “encuentra en la fórmula de no instrumentalización (Objekformel) una máxima de orientación, no un recurso argumental autosuficiente<sup>17</sup>”.

La dignidad involucra a la persona en toda su integridad y no en una división de derechos singulares, particulares y diseminados. Como indica Domke la dignidad humana goza de una posesión central en el sistema, determinando su orientación, por encima de la referencia de cada derecho fundamental a específicas necesidades humanas.

En el tema de la dignidad de acuerdo a la formula Kantiana aunada al movimiento obrero del siglo XIX, se entendió que los derechos fundamentales confluyen alrededor de la persona humana sirviendo al final para garantizar las condiciones en la que cada persona desarrolla su capacidad para la dignidad. En el sentido Kantiano el orden social debe proveer las necesidades existenciales de los hombres y a la distribución del poder; que bajo condiciones políticas y técnicas de las sociedades industrializadas la legitimidad de un orden estatal y la aceptabilidad por los ciudadanos, requiere al menos cinco condiciones: la seguridad en la vida individual y social, la igualdad jurídica, la garantía de la conformación privada de la identidad e integridad humanas, la limitación de la utilización del poder estatal, la atención a la contingencia corporal del hombre.

Como lo han reiterado los filósofos y jurídicos, la dignidad impone la existencia digna de los hombres. En esa dimensión y en relación al mínimo de los derechos sociales de la clase trabajadora –desde hace muchos reconocidos en la Constitución de Weimer- exige en todo Estado de derecho una organización social y económica bajo principios y derechos fundamentales que garanticen la existencia digna de las personas.

Señala Ignacio Gutiérrez que “cuando el hombre se ve obligado a subsistir

---

<sup>17</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Pagina 41.

bajo condiciones económicas que le degradan a la condición de objeto”<sup>18</sup>.

Moreno Villa apunta que la dignidad humana sobresale por encima de las instituciones nacionales, económicas, y que en forma alguna un Estado político pueda usurpar la dignidad de la persona humana, mas aun que dignidad humana no emanan simplemente de un consenso fáctico entre los hombres, y mas bien los hombres deben reconocerse recíprocamente como personas capaces de darse normas éticas, legitimadas de su propia dignidad<sup>19</sup>.

La dignidad humana como principio y derecho fundamental goza de dos dimensiones, una subjetiva en el reconocimiento del titular del derecho de ejercer su derecho y que este le sea respetado; y una dimensión objetiva por la cual la dignidad humana su reconocimiento y respeto debe estar presente en todo acto de poder y actuación de las autoridades de los poderes públicos, y también de los particulares.

Castillo Córdova anota que una consecuencia de la concepción de la persona humana y de su dignidad como fundamento y fin de toda realidad estatal y jurídica viene a ser la llamada dimensión objetiva de los derechos fundamentales, por la que los derechos no solo constituyen facultades y atribuciones del titular del derecho –persona humana-, “sino que precisamente por su especial significación jurídico – política, se entiende que los derechos generan especiales deberes por parte del poder político hacia la consolidación de una plena vigencia de los mencionados derechos<sup>20</sup>”.

Concordando con el autor citado, los derechos fundamentales –y en este caso el principio-derecho dignidad-, establecen “zonas de autonomías” que no pueden ser invadidas por la intervención estatal, y son “mandatos

---

<sup>18</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Pagina 44.

<sup>19</sup> MORENO VILLA, M. Dignidad de la persona.

<sup>20</sup> CASTILLO CORDOVA, Luís. Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales. Editorial Grijley, Lima, 2008. Pagina 15.

positivos de actuación del poder público para asegurar la plena vigencia de los derechos<sup>21</sup>". Ninguna ley o norma en general puede invadir esta esfera o zona de autonomía, y menos aun el Estado puede emitir leyes que afecten la dignidad de la persona humana.

El mismo autor antes citado, en otra de sus obras anota que el Tribunal Constitucional, ha señalado que todos los derechos constitucionales tienen un núcleo mínimo, irreductible, intangible, indisponible para el poder político, sea legislativo, ejecutivo y judicial, y para los particulares "que hace a cada derecho reconocible como tal derecho<sup>22</sup>".

Como lo resalta Ronald Dworkin, los derechos fundamentales son conquistas, cartas de triunfo, que se pueden hacer valer contra toda persona incluso contra las mayorías y el Estado: "Estos derechos funcionarían como cartas de triunfo al ser invocadas por los ciudadanos; permitirían a los individuos resistirse a decisiones particulares a pesar de que esas decisiones hayan sido alcanzadas por medio del funcionamiento normal de las instituciones generales, las cuales no son en sí mismas desafiadas por esta resistencia"<sup>23</sup>.

Jurgen Habermas, nos expresa en su forma especial de defender la dignidad humana, que después de doscientos años de historia constitucional moderna hayamos logrado un mejor entendimiento de la dignidad humana, la que "configura el portal a través del cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se traslada al ámbito del derecho", agrega que "La idea de la dignidad humana es el eje conceptual que conecta la moral del respeto igualitario de toda persona con el derecho

---

<sup>21</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis, op. Cit. Pagina 15.

<sup>22</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis, Elementos de una Teoría General de los Derechos Constitucionales. Ara Editores, Universidad de Piura, 2003, Pagina 155

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. Liberalismo Constitución y Democracia, citado por Rafael Enrique Aguilera Portales, En "La función de la filosofía, política y jurídica en Ronald Dworkin". Trabajo de Investigación, Convocatoria PAICYT, 2008/2009. Universidad Autónoma de Nuevo León, pagina 1.

positivo y el proceso de legislación democrático, de tal forma que su interacción puede dar origen a un orden político fundado en los derechos humanos”<sup>24</sup>.

La doctrina reconoce que las personas son portadoras de derechos inalienables e inherentes a su naturaleza humana, su reconocimiento, protección, respeto de estos derechos no pueden ser limitados por consideraciones económicas ni políticas, siendo la dignidad humana el sustento y base de la organización política y jurídica, la dignidad humana es base y parámetro de justificación del Estado y no puede estar sujeta a control estatal, sino a la finalidad primordial del Estado como señala la Constitución de 1993 en su primer artículo.

---

<sup>24</sup> HABERMAS, Jüger, op. Cit. Pag. 10.

## **CAPITULO II**

### **EL DERECHO LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJO**

#### **Elemento de protección socio económico de la persona humana en el Estado de Derecho**

#### **ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

El Derecho Laboral se cimienta en la regulación del trabajo que presta el ser humano a favor de una u otras personas, por lo que hablar del origen y evolución del Derecho del Trabajo conlleva remontarse al origen y evolución de la prestación del trabajo humano.

El trabajo como esfuerzo humano se origina desde la aparición del hombre que dependía de su esfuerzo físico para poder sobrevivir. Sin embargo como elemento de interrelación entre las personas se fortalece en la formación de los primeros grupos humanos que poblaban el planeta; inicialmente estos grupos eran nómadas que con el tiempo y, para satisfacer nuevas necesidades se asentaron en territorios formando los primeros asentamientos humanos que luego dieron lugar a los pueblos.

En principio el trabajo se realiza dentro de la familia para atender sus propias necesidades, mas las necesidades de la comunidad y el alcanzar un bien común derivó a la distribución de tareas dentro del pueblo; las labores se realizaban sin nada a cambio; con el tiempo el trabajo se convierte en un medio para atender la necesidad de recibir una contraprestación para poder subsistir.

El derecho laboral individual de trabajo como disciplina jurídica es reciente en la historia del hombre, antiguamente no existía propiamente un derecho laboral, sino reglas dispersas sobre el trabajo humano; uno de los antecedentes más remoto lo encontramos en la Biblia de la religión cristiana

que en su primer libro denominado “Génesis” contemplaba al trabajo como sanción, el hombre fue expulsado del paraíso donde tenía todas las providencias para vivir y disfrutar; por su propia desobediencia y con su pareja fue deportado a la tierra -en lugar agreste- donde tenía que trabajar para sobrevivir con el sudor de su frente.

Cuando el trabajo se difunde dentro de los grupos humanos no es considerado como una prestación de servicios y tampoco es regulado mediante normas o leyes; eran tiempos en que la principal preocupación del hombre era subsistir, descubriendo que la mejor forma para ello era la unión con sus semejantes agrupándose para su sobrevivencia.

En la evolución de la vida en comunidad aparece el trueque que también comprende al trabajo como un bien susceptible de ser intercambiado por otro bien, permitiendo satisfacer necesidades y la interrelación con algunas personas en razón del trabajo prestado.

El trabajo en relación de subordinación a cambio de una contraprestación, se diferencia del esfuerzo humano en situación de esclavitud, sin embargo en la historia de las civilizaciones encuentra un elemento de coincidencia en el predominio del desarrollo del trabajo en condición de esclavitud, donde un hombre imponía a otro hombre su voluntad y decisión sometiéndolo a la privación de su libertad y al cumplimiento de trabajo forzoso; ha habido y subsisten tiempos y lugares donde el trabajo físico se utiliza como forma de esclavitud y también como penas impuestas a los reos; pese que hace muchos siglos que la esclavitud ha sido declarada ilegal, y la forma de trabajo predominante y legal es la realizada en libertad, con derechos y pago de una remuneración; cabiendo anotar que es justamente con el desarrollo de los derechos fundamentales, a la libertad y dignidad que el hombre toma conciencia de su derecho de recibir una contraprestación justa a cambio de la prestación de su esfuerzo físico y/o intelectual en determinadas labores.

El derecho romano antiguo no regulaba el trabajo, desarrolla instituciones y normas de derecho civil, sin embargo considerando que el trabajo es propio

de los animales y de los esclavos es que no se preocupan por regular el trabajo.

Cuando la esclavitud empieza a desaparecer, la principal forma de trabajo a cambio de un pago o compensación empieza a predominar; en la edad media el feudalismo permitió la expresión de dos forma de poder, en razón de la concentración de grandes extensiones de tierras y propiedades de los señores feudales, y el poder de la Iglesia Católica siendo la religión predominante en el mundo europeo.

El cristianismo transformó la percepción del trabajo, ya no como una tortura o fuente de castigo impuesto por el Rey, del señor Feudal, (que imponía el trabajo sin remuneración bajo condiciones de opresión y para la protección); o por la condición social y ausencia de riquezas en su condición de plebeyos, villanos, vasallos que tenían que trabajar para subsistir; que gracias a la religión deja de ser concebida como una actividad infame a una actividad noble, virtuosa y legítima de ganarse el sustento a través de un trabajo lícito, como un deber moral que prestigia. También se modificó la concepción económica del hombre, desvalorando el atesoramiento de tierra por el comercio, surgiendo la concepción liberal con nuevos bienes con las edificaciones dentro de las ciudades, y las joyas, produciéndose el consumismo y como contraparte para atender la demanda, el comercio y actividades económicas se expandieron y desarrollaron.

El cambio económico en las ciudades originó además cambios sociales y en el aspecto laboral, señalando G. Lefranc, "hasta la revolución de 1789, hubo siervos al servicio de las abadías, pero que desde la Edad Media iba orientándose hacia fórmulas cooperativas, mediante la constitución de fruterías"; se dieron cambios en las ocupaciones, los artesanos eran menos y más los trabajadores, se concebía el beneficio del trabajo en grupo que Prhoudon llamaba la explotación productiva, considerándola más beneficiosa que el trabajo aislado en razón del plus valor obtenido, considerando a la explotación un fenómeno necesario.

En Europa se levantaban vientos de asociacionismo, luchas que tuvieron a la



corporación por escenario, entre los compañeros y oficiales, auténticos trabajadores asalariados de entonces, y los maestros, propietarios de los talleres en los que se ejecutaban los trabajos de la clientela; gestando la creación de asociaciones de compañeros, antecedentes históricos de los actuales sindicatos.

En Francia se considera que las asociaciones y corporaciones de trabajadores tienen carácter delictual por atentar contra el poder político, emitiéndose en 1791 la "Le Chatelier" proscribiendo las reuniones y asociaciones de trabajadores. En los comienzos de la edad moderna con el surgimiento del capitalismo, aparece el obrero asalariado como un elemento importante de la producción y la explotación, y el proletariado urbano como un nuevo sector social disminuido; los campesinos dejaban los campos, los pueblos y se trasladaban a las ciudades, donde tenían oportunidades de trabajar, aprendían nuevos oficios y recibían un pago por su esfuerzo físico.

No obstante surgió otra forma de explotación y dominación de carácter laboral, los salarios se pagaban de acuerdo a la oferta y la demanda del mercado, no existía mecanismos de protección para los trabajadores, menos el reconocimiento de derechos; las mujeres y menores por igual trabajo que los hombres recibían como pago la mitad de lo que ellos ganaban. La industrialización, las fábricas y ciudades modernas crearon nuevos grupos sociales de obreros asalariados que vivían en los suburbios y eran considerados como objetos sin consideraciones de humanidad y dignidad.

La edad contemporánea tiene por principal expresión la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII, concepciones sobre derechos humanos, y el surgimiento del concepto de Estado; y en Europa se dan otros cambios gracias también a la intervención de la Iglesia Católica, y a las concepciones comunistas, de que los medios de producción deben ser de las personas, no de las que las poseen sino de las que la hacen producir.

Se dan los prolegómenos legislativos con normas de emergencia y que ceden a presiones sociales y levantamientos de los obreros. El 22 de junio

del año 1796 se aprueba la primera ley que protege a los trabajadores de los nocivos efectos de la revolución industrial con disposiciones sanitarias y limitando la jornada diaria a 12 horas que incluya el tiempo de refrigerio para consumir alimentos, obligaba la instrucción del menor trabajador y establecía sistema de inspección periódica del trabajo, una ley muy positiva para su época que lamentablemente no fue aplicada, sin embargo es parte del cambio de mentalidad y la preocupación de los legisladores para proteger al trabajador. En 1833 se dictó otra ley que si fue aplicada, la llamada Ley de Fabricas, y en el año 1851 se dicta otra norma asegurando el aprendizaje del menor en condiciones acordes a su edad y fuerzas.

la Ley inglesa de 1802 a favor de la regulación de las condiciones de trabajo y protección a los menores de edad; en Francia se impulso una legislación a favor del trabajador, Alemania avanza respecto de las condiciones de trabajo y seguridad social; Italia reguló el trabajo de menores, y España creó el Instituto de Reformas Sociales en el año 1903; nace en Basilea (Suiza) en el año 1901 la Asociación Internacional para la protección Legal de los Trabajadores, como iniciativa de los trabajadores de luchar por la reivindicación de sus derechos.

En el siglo XIX en Francia surge la preocupación por la “cuestión social”, que comprendía los problemas sociales de un grupo mayoritario de la población integrada por la clase trabajadora en un contexto de economía capitalista, cuyas características eran “miseria extremada, desempleo permanente, carencia de protección legal e inferioridad política de la clase obrera, y al estado de beligerancia social suscitado por la resistencia de esta clase<sup>25</sup>”.

Después de los eventos mas trágicos de la historia del hombre, surge como respuesta un cambio determinante y favorable a los derechos de las personas; después de la primera guerra mundial se inicia la legislación del trabajo, originándose un movimiento a favor de los derechos de los trabajadores, en esfuerzo común de pensadores, luchadores, filántropos,

---

<sup>25</sup>RENDON VASQUEZ, Jorge, Derecho al Trabajo, Teoría General I, Segunda Edición, Editorial Grijley, 2007, Lima, Pagina 5.

religiosos, y políticos; surge en el contexto del Tratado de Paz de Versalles la Organización Internacional del Trabajo OIT que se funda en el año 1919 “después de una guerra destructiva, basada en una visión según la cual una paz duradera y universal solo puede ser alcanzada cuando está fundamentada en el trato decente de los trabajadores<sup>26</sup>” con el objetivo de protección de los derechos de los trabajadores.

El siglo XX fue fructífero en la protección al trabajo, en los países sudamericanos como Perú, Chile, Bolivia, Brasil entre otros, se dieron normas que protegían a las mujeres y menores de edad trabajadores; en el año 1940 surge el manifiesto comunista de un derecho nuevo, el Derecho del Trabajo, con autonomía y principios propios, diferente a otras ramas del derecho. Se desarrollaron los principios laborales que a decir de Podetti<sup>27</sup> han sido recogidos en las declaraciones de derechos sociales y en las constituciones, variando de país a país, dependiendo del régimen político y económico, los principios recogidos y que orientan el desarrollo de la legislación laboral.

El Derecho Laboral ha encontrado un soporte en la protección jurídica de los derechos fundamentales, en la actualidad se habla de Derecho Constitucional Laboral cuyas bases epistemológicas se encuentran en los derechos fundamentales y se complementa con la Teoría General del Derecho al Trabajo, teniendo por objetivo garantizar y proteger los derechos de los trabajadores<sup>28</sup>.

## **CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA**

El termino trabajo tiene varias acepciones, etimológicamente proviene del

---

<sup>26</sup> Cita del portal oficial de la Organización Internacional del Trabajo, En <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm#a2..>

<sup>27</sup> PODETTI, Humberto A., Los principios del Derecho del Trabajo, En <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/139/11.pdf>

<sup>28</sup> GONZÁLEZ FUENMAYOR, Mervy Enrique. [Con la colaboración de MORALES LOAIZA, Alejandro René]. **Algunas Notas sobre Derecho Constitucional Laboral**. Maracaibo, Venezuela. La Universidad del Zulia. 2008

latín de la palabra “tripaliare” o “tripalium” que venia a ser un cepo de tortura, lo que devino a entender al trabajo como un sufrimiento físico, y laborar comprendía el trabajo físico con esfuerzo y sufrimiento; hay autores que señalan que esta palabra viene del termino latín “trabs, trabis, traba”, por ser un instrumento de sujeción del hombre<sup>29</sup>.

En términos jurídicos trabajo es “El esfuerzo humano, físico o intelectual aplicado a la producción u obtención de la riqueza// Toda actividad susceptible de valoración económica por la tarea, el tiempo o el rendimiento// Ocupación de conveniencia social o individual dentro de la licitud”<sup>30</sup>; y tiene como sinónimos a los términos obra, labor, tarea faena, empleo, puesto, destino, cargo, oficio, profesión, prestación de servicio.

El término trabajo considerado como actividad humana se refiere a la actividad física o intelectual de una persona humana; para algunos no solo involucra la actividad sino también el resultado en un proceso productivo, que a decir de Kart Marx trabajo vendría a ser toda actividad humana que obtiene un resultado de la transformación de la materia de la naturaleza.

Pierre-Joseph Proudhon<sup>31</sup> (1809 -1865) conocido como filósofo político y revolucionario francés, influenciado por las concepciones sociales y económicas de su época, señalaba que el trabajo distinguía al hombre de la bestia y tenía sustento en la razón que gozaba el hombre, y que debía compensarse con un pago justo, el que dependía de la importancia del trabajo realizado.

---

<sup>29</sup> LASTRA LASTRA, José Manuel, El Trabajo en la historia, pagina 195.  
<http://www.slideshare.net/almaveronica93/el-trabajo-enlahistoria>

<sup>30</sup> CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, Segunda Edición, 1982, pagina 313.

<sup>31</sup> Proudhon nacido de una familia de artesanos y campesinos, su padre era tonelero y cervecero, su madre era cocinera y sirvienta, el mismo trabajó hasta los 12 años como guardador de vacas y boyero, después como tonelero con su padres y mozo de labranza y tipógrafo, logró cierta posición económica al dedicarse al comercio y adquirir parcelas de labranza en propiedad, llegó a ser diputado y condenado a prisión por sus ideas.

En la visión neoclásica de la economía, el trabajo es considerado como uno de los tres factores de producción: trabajo, tierra y capital, resaltando como un elemento de producción que genera riqueza y movimiento económico.

Como advertimos, el concepto de trabajo es muy amplio y ambiguo, sin embargo para esta investigación nos importa el concepto de trabajo como la prestación de un servicio sea material o intelectual que hace una persona humana a favor de otra u otras personas humanas o jurídicos, a cambio de una contraprestación. En este contexto el trabajo se define como la actividad humana dirigida a la producción de obras o resultados materiales, intelectuales, a cambio de un pago económico o remuneración en tanto se preste el servicio.

Con el trabajo, la evolución de las relaciones de trabajo y sus regulaciones surge el Derecho del Trabajo considerado como conjunto normativo y disciplina jurídica que regula las relaciones de trabajo.

Como señala Rendón Vásquez el Derecho del Trabajo comparte la definición del derecho en general, como “conjunto de normas dirigidas a regir la conducta de los seres humanos en sus relaciones entre sí<sup>32</sup>”, en la especial relación de trabajo; aunque Rendón agrega sobre el Derecho al Trabajo “es idealidad normativa, deber ser, o disposición obligatoria dada por un grupo dotado del poder de emitirla y hacerla cumplir, y también, la propia relación económica establecida por el intercambio de fuerza de trabajo por remuneración, o ser, regulada por el criterio de validez aportado por esa idealidad”; compartiendo la primera parte que el Derecho al Trabajo es la rama del derecho que regula las relaciones jurídicas provenientes de la relación de trabajo.

Montoya Melgar considera el Derecho al Trabajo como norma y relación social que “la estructura del Derecho (del Trabajo) está formada por dos estratos diferentes: un estrato normativo (el famoso conjunto de normas que aparece en todas las definiciones del Derecho) y un estrato formado por el

---

<sup>32</sup> RENDON VASQUEZ, Jorge, op. Cit., pag. 8.

conjunto de relaciones jurídicas disciplinadas por aquellas normas<sup>33</sup>, el autor incluye en el concepto no solo la gran cantidad de normas, directivas y disposiciones, sino también las millones y millones de relaciones de trabajo reales entre patronos trabajadores, que también son vida jurídica y derecho al trabajo.

Una definición que obtiene mayor consenso es la que “el Derecho del Trabajo es un conjunto normativo de transacción entre los empleadores y los trabajadores y que ostentan un marcado carácter protector del trabajador<sup>34</sup>”. Señala Rendón Vásquez que mas que carácter protector, el Derecho del Trabajo cumple una función que incide en las relaciones sociales, y esa función es la razón de ser del Derecho del Trabajo o finalidad que justifica su existencia, dentro de una concepción dinámica del derecho, precisando que las funciones que cumple son “1) encuadrar o formalizar la utilización de la fuerza de trabajo; 2) proteger al trabajador; 3) modelar el comportamiento de éste en la empresa; y 4) determinar el costo de la fuerza de trabajo y su rendimiento<sup>35</sup>”.

De estas funciones rescatamos la función protectora del trabajador que cumple el Derecho del Trabajo, que se orienta a proscribir los abusos y excesos del empleador frente al trabajador, limitando el poder y la voluntad del empleador en la relación laboral, no solo en cuanto a la regulación del pago y remuneración del trabajo, sino considerando al trabajador como un valor humano que un factor de producción, debiendo desarrollarse las relaciones de trabajo en el marco del respeto de los derechos fundamentales del trabajador, sea el empleador del sector privado o sector publico, por la protección prioritaria de la dignidad humana en toda relación laboral, y esta protección se extiende en las condiciones de trabajo (equipo, seguridad, etc.), en las relaciones humanas en la prestación del servicio, en el respeto de derechos fundamentales del trabajador, lo que guarda relación con el objeto de la presente investigación, de probar que el Contrato Administrativo de Servicios regula un tipo de prestación laboral sometida a

---

<sup>33</sup> Citado por Rendón Vásquez, Jorge. Op. Cit. Pagina 9.

<sup>34</sup> Rendón Vásquez, Jorge. Op. Cit. Pagina 69.

<sup>35</sup> Rendón Vásquez, Jorge. Op. Cit. Pagina 70.

condiciones de desigualdad en los pagos y reconocimientos de derechos laborales, que vulneran los derechos fundamentales de los trabajadores contratados bajo este régimen legal.

El Derecho del Trabajo como disciplina no muy antigua, suscita controversias en su definición y en la ubicación en el derecho, existiendo la tendencia de ubicar los derechos nuevos en relación con los derechos clásicos; algunos señalan que es una rama del derecho privado, que es un derecho colectivo por involucrar muchas personas, otros lo enmarcan dentro del derecho público, mas compartimos la tesis postulada por Mario de La Cueva que es un derecho que pertenece al derecho social, que surge como un “tertium genus entre el Derecho Publico y Derecho Privado”, señala De la Cueva que es un derecho nuevo, que “El derecho del trabajo es un derecho social en el sentido en que habló Gierke y lo es porque considera al hombre como miembro de un todo, lo que hace de él un derecho nuevo<sup>36</sup>”.

La definición de la doctrina mexicana recoge un aspecto importante del Derecho del Trabajo el que no se puede aislar de su objeto principal como es la protección de una clase que con justo derecho tiene aspiraciones de mejoría en sus condiciones de existencia conforme a la dignidad de la cual son titulares: “La interpretación del derecho del trabajo consiste en juzgarlo como un estatuto que traduce la aspiración de la clase trabajadora, para obtener de inmediato una mejoría en sus condiciones de existencia. Asimismo, esta disciplina pretende regular las relaciones jurídicas no con principios abstractos sino ponderando su espíritu social y contenido económico, de modo que se alcance con la justicia social, la tutela y dignificación de los trabajadores<sup>37</sup>”.

Como señala el investigador y docente mexicano Dr. Héctor Santos Azuela,

---

<sup>36</sup> Citado por Rendón Vásquez, Jorge. Op. Cit. Pagina 25.

<sup>37</sup> SANTOS AZUELA Héctor, SISTEMA DE PRODUCCIÓN Y PRINCIPIOS FORMATIVOS DEL DERECHO DEL TRABAJO. PERSPECTIVA CRÍTICA FRENTE A LA MODERNIDAD Y A LA ECONOMÍA GLOBAL, En Boletín Mexicano de Derecho del Trabajo, Nueva Serie, año XXII, numero 96, setiembre – diciembre d 1999, pagina 983.

el Derecho del Trabajo se consolida cuando cobra importancia constitucional incorporándose los principios, derechos y deberes laborales básicos en la Carta Magna; el Derecho del Trabajo tiene un componente de Derecho Social de Bienestar y como tal no debe ser trastocado: “Los trastocamientos del sistema y la intencional deformación de un derecho social de bienestar, impone el estudio crítico de las instituciones del trabajo, de cara a los avatares de un pragmatismo en ascenso”; frente a este derecho social no se admite que se incurra en un lerdismo humanitarismo en decadencia, y mas bien se exige en el nuevo milenio se reaviva la razón y el fundamento del derecho del trabajo en función de la protección de la clase trabajadora a quien llama con denuedo “pobreza laborante”, seres humanos que se afanan por supervivir sin perder la esperanza: “El manido desconocimiento y la satanización de la política social como una expresión caduca de un lerdismo humanitarismo en decadencia, hace imprescindible revivir la razón y el fundamento del derecho del trabajo en el pensamiento clásico, como una fórmula activa de supervivencia y esperanza para la pobreza laborante, según el genial sentir de Romagnoli<sup>38</sup>”.

Héctor Santos Azuela llama a la reflexión sobre el Derecho del Trabajo, y exige que no se desprenda de su función tutelar y humanitaria para la gente que trabaja, la que no debe ser abandonada en la vorágine de la oferta y la demanda; a lo que se puede agregar, que en esa vorágine el Estado no puede olvidar sus funciones y responsabilidades en proyección a la protección de la clase trabajadora.

## **PRINCIPIOS DE DERECHO LABORAL**

Los principios de derecho se constituyen y construyen como los cimientos y pilares que sostienen un edificio conformado por las normas jurídicas; en el caso de los principios jurídicos de derecho laboral vienen a ser fuente del Derecho del Trabajo que recogen valores esenciales para orientar, unificar e interpretar las leyes laborales, como señala Santos Azuela:

---

<sup>38</sup> SANTOS AZUELA Héctor, op. Cit. Pagina 969.



“Considerados también como fuente del derecho del trabajo, los principios generales del derecho son "pautas fundamentales en valores esenciales, generalmente consagradas a través de la ley, que tienen por objeto orientar, integrar y unificar la interpretación del sistema jurídico y de la normativa en particular, dentro de un marco coherente y contractual<sup>39</sup>".

Manuel Alonso García define a los principios como: "Aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho<sup>40</sup>". Américo Plá Rodríguez señala que los principios son: "Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.<sup>41</sup>"

El derecho del Trabajo se caracteriza por su función protectora del trabajador, coincidiendo la doctrina en señalar que el sustento de esta disciplina jurídica se encuentra en la función protectora que cumple<sup>42</sup>, convergiendo la intervención del Estado en las relaciones entre empleador y trabajador, en razón de la necesidad de protección de la persona humana y su dignidad -sustento del Neoconstitucionalismo-, en la relación desigual del empleador con el trabajador; disciplina que se orienta por principios que persiguen dicha finalidad de proteger al trabajador en la relación laboral y sus derechos; estos principios rectores sirven para la interpretación y aplicación de las normas y protección de los derechos laborales; no existe uniformidad en la doctrina respecto de todos los principios laborales, que de

---

<sup>39</sup> Santos Azuela, Héctor, op. Cit. Pagina 973.

<sup>40</sup> **Alonso García Manuel** Derecho del Trabajo, Barcelona, 1960, T.I, Página 247.

<sup>41</sup> Plá Rodríguez Américo, Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, Página 9.

<sup>42</sup> Señala Rendón Vásquez que “La mayor parte coincide en que el Derecho del trabajo es un conjunto normativo de transacción entre los empleadores y los trabajadores y que ostenta un marcado carácter protector del trabajador”; siendo la razón de ser del derecho la función que cumple, ello también se presenta en el Derecho del Trabajo. Op. Cit. Pag. 69.

acuerdo a la perspectiva y enfoque de los autores se recogen unos si y otros no; para los efectos de este trabajo exponemos principios laborales reconocidos y aceptados por un sector mayoritario de la doctrina, y que son legítimos y validos para los fines de la presente investigación, cabe señalar que los principios que se desarrollan tienen sustento constitucional.

**Principio Indubio pro operario.-** Es uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo, cuya importancia ha sido reconocida en el ordenamiento constitucional siendo recogido en nuestro ordenamiento constitucional y legal.

Este principio se aplica para los casos de interpretación de las normas legales, favoreciendo la duda al trabajador ante el sentido contrario de dos normas, o sentido oscuro o confuso de una norma.

La Constitución Política del Perú de 1979 lo recogía de la siguiente forma: “En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición se está a lo que es mas favorable al trabajador”. La Constitución Política del Perú de 1993 en el artículo 26 inciso tercero establece la: “Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”. La Ley Procesal del Trabajo N° 26636 en el artículo II del Título Preliminar lo prescribe como un principio rector, previendo que: “El Juez, en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando exista varias normas aplicables al caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador”.

La Nueva Ley Procesal de Trabajo N° **29497 de fecha 15 de enero del 2010**, cuya implementación se viene realizando en los distritos judiciales del país en forma cronológica desde el 16 de agosto del 2010, establece en el artículo IV del Título Preliminar referido a la Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral, que los jueces bajo responsabilidad deben impartir justicia con arreglo a la Constitución Política, tratados internacionales de derechos humanos y la ley; prescribe que los Jueces “Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos

constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República”; en este orden subsiste la obligación de interpretar las normas de acuerdo al principio de indubio pro operario contemplado en la norma constitucional artículo 26 inciso tercero.

El principio indubio pro operario sirve para interpretaciones de normas laborales de carácter sustantivo; principio que es exigible y aplicable dentro de las relaciones jurídicas laborales, en el ámbito de las relaciones privadas entre empleador y trabajador, por las autoridades administrativas que conozcan asuntos laborales, en caso de conflicto y afectación de derechos, se aplican en los judiciales y en los constitucionales, por la supremacía subjetiva de la norma constitucional que obliga a toda persona particular, entidad o institución pública y todo poder del Estado a observar las normas y derechos constitucionales.

Como se tiene dicho el ámbito de aplicación del principio es para normas de derecho laboral material, sin embargo nada obsta que se aplique en la interpretación de normas procesales, tanto mas que el proceso laboral también se orienta por el principio tuitivo a favor del trabajador.

Se debe tener en cuenta para la aplicación del principio, la jerarquía de las normas, requiriendo que el conflicto o duda se produzca entre normas de igual jerarquía, pues si el conflicto se presenta entre normas de diferente rango, prevalece la norma de mayor jerarquía; cuando la norma superior no sea clara o insuficiente, es que se aplica la norma específica que regula el caso concreto.

Algunos autores consideran que este principio también se aplica en caso de incertidumbre de los hechos, en el supuesto de que un hecho sea perjudicial al derecho del trabajador (por ejemplo para la aplicación de una sanción), no se producirán los efectos si el hecho no se encuentra suficientemente probado<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Señala Rendón Vásquez, que la incertidumbre también puede sobrevenir sobre los hechos, “Si se imputase al trabajador un hecho que pudiera significarle un perjuicio, no se le podría sancionar

**Principio de Condición más beneficiosa para el trabajador.-** Este principio se encuentra prescrito en la Constitución de la Organización Internacional para el trabajo OIT aprobada en el año 1919, en el artículo 19 inciso 8: “En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones mas favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.

Manuel Alonso García exponente de este principio, escribe que la aplicación práctica del principio de condición mas beneficiosa supone dos consecuencias: La primera, que cuando se dicta una reglamentación o disposición de carácter general aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, éstas quedaran modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean para el trabajador mas beneficiosas que las nuevamente establecidas. La segunda, en que la nueva reglamentación habrá que respetar –salvo que contuviera afirmación expresa en contra- como situaciones concretas reconocidas a favor del trabajador o trabajadores interesados en aquellas condiciones que resulten mas beneficiosas que las establecidas para la materia o materias de que se trate –o en su conjunto- por la nueva reglamentación; señala el autor que la condición mas beneficiosa se puede dar por la ley, voluntad de las partes, convenio colectivo, el uso y la costumbre<sup>44</sup> .

La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el CAS – Contrato administrativo de servicios- STC N° 00002-2010-AI/TC, no ha valorado este principio de condición mas beneficiosa para el trabajador, y equivocadamente lo aplica en relación a un contrato de naturaleza civil como es el contrato de locación de servicios, considerando que pasando de aquel (que por cierto por tratarse de fraude a la ley, en aplicación del principio de primacía de la realidad permitía la desnaturalización en un contrato de trabajo en régimen privado con todos los beneficios y protección al trabajador), al contrato administrativo de servicios –en que el trabajador

si no fuere fehacientemente probado. La duda lo favorece”. Op. Cit. Pag. 97.

<sup>44</sup> Vásquez Rendón, op. Cit. Pagina 98.

no tiene los mismos derechos, beneficios, y estabilidad que del régimen privado-, sea una condición mas beneficiosa para el trabajador; sin embargo este principio debió aplicarse en el contexto de normas y derechos laborales, y no con un contrato civil.

No puede afirmarse que el Decreto Legislativo N° 1057 sea mas beneficioso para el trabajador del sector público, cuando vulnera sus derechos a la igualdad en las relaciones laborales; no se cumple el derecho constitucional de igualdad de oportunidades en la relación laboral sin discriminación, cuando hay trabajadores que realizan las mismas funciones, las mismas labores y responsabilidades, sin embargo uno tiene derecho a la estabilidad, a no ser despedido arbitrariamente sin causa justa, y el otro nunca adquirirá estabilidad y en cualquier momento será despedido bajo la excusa del vencimiento del contrato, cuyo plazo en forma arbitraria y sin estar sometido a control ni justificación lo maneja el funcionario de turno a cargo de la entidad administrativa.

Coincidimos con los autores que afirman que las relaciones de trabajo se encuentran protegidas por el artículo 62 de la Constitución Política, y que las nuevas leyes que regulen la prestación de trabajo bajo subordinación y dependencia, no pueden conllevar modificaciones o cambios desfavorables para los trabajadores; que los regimenes laborales que regulan la contratación laboral no pueden ser en condiciones mas desfavorables que las existentes, ni desconocer la protección del trabajador contra el despido arbitrario”. La norma del artículo 103 de la Constitución que regula la ley en el tiempo, proscribela dación de normas por diferencias de las personas, por lo que tampoco se admite que una ley nueva establezca condiciones mas desfavorables para un grupo de trabajadores a diferencia de aquellos que se beneficiaron con las leyes antiguas.

Señala la doctrina que “La aplicación de la nueva ley mas favorable tiene como base el indicado principio de la condición mas favorable que encuentra sustento en dos disposiciones de la Constitución: la que impone al Estado la obligación de promover las “condiciones para el progreso social y económico” (art. 23°), y la que crea el derecho del trabajador “a una

remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar económico y espiritual.” (art. 34°); vale decir que, en materia laboral, las modificaciones dispuestas por la ley sólo podrían conllevar mejoras para los trabajadores (cambios *in mellius*, no *in peius*)<sup>45</sup>.

**Principio de Igualdad de la Remuneración.-** Este principio fue contemplado en la Constitución Política del Perú del año 1979 en su artículo 43 que establecía: “El trabajador varón o mujer tiene derecho a igual remuneración por igual servicio prestado en idénticas condiciones al mismo empleador”; la Constitución actual que consolidó la igualdad de género, mas bien consideró necesario proteger el derecho la remuneración equitativa y suficiente, en el artículo 24: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

La norma constitucional antes citada, se debe interpretar en coherencia con los tratados de derechos fundamentales, en el sentido de “igual remuneración por trabajo igual”, como lo establece el artículo 23 de la Declaración de Derechos Humanos (ratificada por el Perú por la Resolución Legislativa N° 13282 del 9 de diciembre de 1959): “Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual”.

El Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por el Perú por Resolución Legislativa N° 13284 del 15 de diciembre de 1959), establece en su artículo segundo inciso primero, la obligación de todo Estado Miembro de garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por igual valor.

La Constitución de 1993 en el artículo 24 protege el derecho del trabajador a una remuneración equitativa y suficiente, se contempla este derecho con extensión a diversos aspectos de su persona y para su familia, y se prioriza su pago: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y

---

<sup>45</sup> Vásquez Rendón, op. Cit. Pagina 99.

suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”.

**Principio de Inalterabilidad de las remuneraciones y condiciones de trabajo en beneficio del trabajador.-** Principio que sirve para regular la facultad atribuida al empleador de modificar las condiciones de trabajo, en tanto sean más beneficiosas para el trabajador; se limita el ius variando del empleador en protección del trabajador.

Afecta las posibilidades del empleador de modificar el horario de trabajo, las horas extras, los turnos, las remuneraciones y otros pagos, y todo lo relacionado con las condiciones de trabajo; principio que guarda concordancia con la protección constitucional del trabajo y derechos laborales reconocidos. Cualquier variación de las condiciones en que se presta el derecho al trabajo se encuentra restringido por este principio, para evitar se creen situaciones perjudiciales o desventajosas para el trabajador. El Decreto Legislativo N° 18471 del 10 de noviembre de 1970 ya contemplaba la imposibilidad de reducción de turnos que involucren una reducción de remuneración, sino contaba con la aceptación del trabajador, siendo susceptible de negociación; el decreto legislativo en esta orientación regula en el artículo 30.b la prohibición de reducción inmotivada de la remuneración.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), establece en su artículo 20 la obligación de los Estados Miembros de adoptar legislación para garantizar una protección eficaz a favor de los trabajadores en materia de contratación y condiciones de empleo, y adoptar medidas para tales efectos.

**Principio del rendimiento.-** Está vinculado al trabajador y a la productividad, orientado a que el trabajador tenga un rendimiento que justifique la exigencia del monto y pago de una remuneración, poniendo como límite su permanencia en el empleo al contemplar la posibilidad de la terminación del contrato de trabajo por falta de rendimiento. Se contempla

como principio a favor del trabajador al sustentar el incremento de remuneraciones en relación del rendimiento y la productividad, siendo mayor esta última, justifica una mayor remuneración.

**Principio de probidad.-** Este principio se encuentra relacionado con el aspecto ético, moral y diligencia en la relación de trabajo, alcanzando tanto a empleador como trabajador; exigen que el trabajo se preste y reciba bajo cánones de honestidad, buena fe, lealtad y diligencia; la buena fe es un principio jurídico fundamental y sustento de todo ordenamiento jurídico, el que irradia como espectro en toda relación jurídica, estando presente en el orden constitucional la buena fe se presume y es rectora de toda conducta.

En el campo legislativo se regula la sanción al trabajador que no cumpla este principio, prescribiendo el artículo 25.d del Decreto Legislativo N° 728 como falta grave del trabajador el incumplimiento de obligaciones que signifiquen quebrantamiento de la buena fe laboral, el uso o entrega de información, documentos de la empresa para obtener una ventaja, así como la competencia desleal. La mayoría de reglamentos internos de trabajo regulan la buena fe, honestidad y diligencia en la prestación del servicio.

**Principio de continuidad de la relación laboral.-** En relación a la duración del contrato de trabajo hay una presunción de continuidad en la prestación del servicio, teniendo como sustento la regla general “el contrato de trabajo a plazo indeterminado” (como se señala los contratos a plazo fijo y modales constituyen la excepción); siendo que el tracto sucesivo de la prestación del servicio no se agota en actos concretos, sino que obligan que la relación laboral se prolongue en el tiempo. El legislador nacional ha escogido la continuidad de la prestación laboral al establecer como regla los contratos de trabajo de duración indefinida, y si bien admite contratos a plazo determinado y modales, empero prevé la desnaturalización de los mismos y su reconocimiento como contratos a plazo indefinido cuando no se cumplen los supuestos y/o requisitos para la contratación de tipo excepcional.

El principio de continuidad protege la duración del contrato de trabajo y la estabilidad laboral, permitiendo que el contrato legalmente acabe por



voluntad unilateral solo del trabajador y no por voluntad del empleador; los otros casos de terminación del vínculo laboral están referidos a circunstancias diferentes a la voluntad de las partes. Cuando el empleador da término al vínculo unilateralmente fractura la relación jurídica facultando al trabajador a tomar las acciones judiciales para ser repuesto en su puesto de trabajo o en su defecto indemnizado (según el caso).

**Principio de primacía de la realidad.**- Uno de los principios más aplicados para determinar el tipo de contrato de trabajo es el principio de primacía de la realidad, constituyendo asimismo el principio más desarrollado y atendido ampliamente por la doctrina por su aplicación en los procesos judiciales, habiendo merecido asimismo aplicación en los procesos constitucionales de amparo por afectación del derecho al trabajo; este principio encuentra sustento en la protección constitucional del derecho al trabajo previsto en el artículo 22 de la Carta Magna; norma que proscribe las limitaciones del ejercicio de los derechos constitucionales y laborales; así como al carácter irrenunciable de los derechos laborales (artículo 26 inciso segundo de la Constitución Política vigente).

De acuerdo a este principio, prevalece la realidad en la prestación laboral, que lo consignado en los documentos; es la forma, modo, lugar, tiempo en que se realiza la actividad laboral la que determinará el tipo de prestación, y no los contratos suscritos ni documentos. La finalidad principista es proteger al trabajador del fraude ante la ley, proscribiendo fórmulas contractuales ficticias y contradictorias con la realidad del trabajo prestado; en toda discrepancia entre uno y otro, prevalece los hechos sobre los documentos.

**Principio de irrenunciabilidad de derechos.**- Este principio fue recogido inicialmente por la Constitución Política de 1979 que en el artículo 57 establecía: "Los derechos reconocidos por los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo". La Constitución Política de 1993 reconoce el principio señalando en el artículo 26 inciso segundo que en la relación laboral se respetan entre otros: "El carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley"; por la dimensión objetiva de la supremacía

constitucional, todo pacto en contra de este principio es también nulo.

Todo contrato o acuerdo en contrario de la irrenunciabilidad de los derechos laborales es inválido, la manifestación de voluntad del trabajador en perjuicio de sus propios derechos laborales no surte efectos, y ello se debe a la indisponibilidad de los derechos laborales otorgados por la Constitución y por las leyes; e involucra la intransigibilidad sobre tales derechos, siendo un principio altamente protector aun en contra de la voluntad expresada por el trabajador, obedeciendo a la función tuitiva laboral, para evitar que por presiones –del empleador, o del mercado–, el trabajador se vea forzado a renunciar a sus derechos legalmente establecidos.

Las normas laborales son imperativas y de obligatoria observancia, normas que establecen condiciones mínimas en la prestación del trabajo, que si bien pueden ser superadas brindando mayores ventajas y beneficios, no pueden ser disminuidas aún obteniendo la declaración de voluntad del trabajador.

## CAPITULO III

### EL CONTRATO DE TRABAJO

#### CONCEPTO

En nuestro ordenamiento jurídico el contrato es definido como el acuerdo de voluntades de dos o mas personas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (artículo 1351 del Código Civil). Cabe precisar que el Contrato correspondiente a una relación de trabajo se regula por sus propias normas, constituyendo uno de carácter especial y con elementos esenciales que lo diferencian del contrato civil, estando de por medio el trabajo que goza de protección constitucional y que forma parte de los derechos sociales, señalando el artículo 22 de la norma constitucional que *“El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”*. Contando con una protección y regulación especial, lo que no se contradice con el ordenamiento civil que tiene contemplado la excepcionalidad de las reglas generales de contratación a los contratos que se rigen por sus propias reglas, como sucede con el contrato de trabajo (artículo 1353 del Código Civil). No obstante el contrato laboral comparte algunas reglas y principios de los contratos civiles, que se exponen mas adelante.

El laboralista Jorge Toyama señala en términos generales que “El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de aménidad (servicios subordinados prestados para otra persona)”<sup>46</sup>; definiendo a este tipo de contrato como “un negocio jurídico mediante el cual un trabajador presta servicios personales por cuenta ajena para un

---

<sup>46</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los Contratos de Trabajo y otras Instituciones de Derecho Laboral. Soluciones Laborales, Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Diciembre 2008, Lima – Perú. Pagina 47.

empleador, en una relación de subordinación a cambio de una remuneración”; definición que realiza en función de los elementos esenciales del Contrato de Trabajo, como es la prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

En la normatividad no se encuentra una definición legal precisa y aplicable a todo tipo de contrato de trabajo, el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR<sup>47</sup> que regula el régimen laboral privado, prescribe que “En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado”. Norma que también recoge los elementos esenciales del contrato de trabajo, que pertenecen tanto a los contratos laborales a plazo indeterminado como a plazo determinado.

El artículo 23 de la Constitución Política protege al trabajador quien solo estará obligado por propia voluntad, libre consentimiento y derecho a una retribución, señalando la norma que “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.

Podemos afirmar que todo contrato de trabajo contiene un acto jurídico celebrado por acuerdo de voluntades de dos personas, una en calidad de empleador y otra en calidad de trabajador, para crear una relación jurídica laboral, en que el trabajador se compromete a prestar sus servicios sea esfuerzo físico o intelectual a favor del empleador bajo condiciones de subordinación y dependencia, el empleador tiene a su cargo la contraprestación de abonar una remuneración en forma periódica por el trabajo realizado, obteniendo un lucro o beneficio por el servicio brindado.

## **CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Las características inherentes al contrato de trabajo manifiestamente lo distancian y distinguen de otro tipo de contrataciones civiles, mercantiles e

---

<sup>47</sup> Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral

incluso administrativas.

Como todo acto jurídico requiere para su celebración y para constituir compromisos, derechos y obligaciones, la expresión de la voluntad; la decisión libre y autónoma de las personas las vinculan en la relación laboral.

Las características del contrato de trabajo se desarrollan a continuación.

**Autonomía de la voluntad.-** El contrato de trabajo se rige por el principio de autonomía de la voluntad -poder jurídico que tiene toda persona para decidir sobre sus intereses gozando de la libertad para contratar, conforme a la protección constitucional prevista en el inciso 14 del artículo segundo de la Constitución Política de 1993<sup>48</sup>-; algunos términos contractuales ya están fijados por las leyes específicas (por ejemplo el derecho a las vacaciones, gratificaciones, etc.), y otros se deja a la decisión de las partes pero limitados bajo ciertos parámetros (por ejemplo los contratantes pueden fijar el monto de la remuneración y el horario de trabajo, pero la ley limita en algunos casos que la remuneración no puede ser menor al mínimo vital, y el horario de trabajo no puede ser mayor a las ocho horas).

**Consensualidad.-** El Contrato de trabajo también se rige por el principio de consensualidad, en tanto se perfecciona el contrato por el solo consentimiento de las partes contratantes, requiriendo el acuerdo de las dos partes –empleador y trabajador- para su celebración; en la confluencia de las voluntades que nace el contrato de trabajo. La manifestación de voluntad puede darse en forma verbal –expresa o tácita-, o por escrito con las formalidades que la ley prevé según el tipo de servicio y régimen laboral (contratos de trabajo modales); cuando la ley no exige forma escrita para determinado tipo de Contrato de Trabajo, estamos ante un contrato no solemne, y el documento solo servirá para efectos de la prueba (por ejemplo el régimen del Decreto Legislativo N° 728 a plazo indeterminado); en otros casos la ley exige ciertas formalidades incluso desde la convocatoria hasta la suscripción del documento para la contratación (como el caso del

---

<sup>48</sup> Art. 2 inc. 14 Constitución Política de 1993: Toda persona tiene derecho: A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Contrato Administrativo de Servicios), por lo que estaremos ante un contrato ab solemnitatem.

**Buena fe.-** El contrato de trabajo también se celebra bajo el principio de buena fe, vinculando al empleador y trabajador a actuar con veracidad, honestidad y lealtad en las relaciones contractuales laboral, buena fe que es exigible en la celebración como en la ejecución del contrato.

**Sujetos del contrato laboral.-** Los sujetos son sólo dos, el empleador y el trabajador (a diferencia de los contratos civiles, mercantiles, etc., en que se admite que puedan haber mas de dos partes); el empleador puede ser una persona natural o jurídica, y el trabajador siempre será una persona natural o física (hombre o mujer, adulto o menor de edad) que presta un servicio remunerado a favor del empleador.

**Objeto del Contrato de Trabajo.-** La prestación de servicios personales constituye el objeto del contrato, que el trabajador presta en forma subordinada bajo la dirección del empleador, a cambio de una contraprestación –remuneración-, más derechos y beneficios previstos por la normatividad y según el régimen y tipo de contrato laboral pactado. El plazo del contrato puede ser a plazo fijo ó a plazo indeterminado, siendo la regla general “a plazo indeterminado”, y la excepción la temporalidad “a plazo fijo”.

Conforme a lo arriba señalado, se puede concluir en las siguientes características del Contrato de Trabajo:

- Es un contrato consensual.- Se origina por acuerdo de voluntades.
- Es Bilateral.- Siempre habrá solo dos partes –empleador y trabajador.
- Oneroso.- La prestación de servicios, recibe a cambio una contraprestación económica denominada remuneración.
- Es de tracto sucesivo, lo que se cumple durante la vigencia del contrato sea a plazo fijo o indeterminado.

## **ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Son tres los elementos esenciales del Contrato de Trabajo, dependiendo de su presencia en conjunto para definirlo, de lo contrario será otro tipo de relación jurídica más no laboral.

La prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración son los elementos esenciales que tipifican y definen un Contrato de Trabajo.

**Prestación de servicios.-** El trabajo se realiza en forma personal y directa, el servicio que brinda el trabajador puede ser manual o intelectual; señalando Sanguinetti al respecto que: “La obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (*operae*), la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (*opus*) que se independice de la misma”<sup>49</sup>; precisa el laboralista Jorge Toyama que la prestación de servicios es personalísima “*intuitu personae*”, no admitiendo delegación a terceros, a diferencia del contrato familiar en que la prestación de servicios es realizada por varios miembros de la familia, en el contrato de trabajo como regla general la prestación de servicios es personalísima.

Algunos autores como Jorge Toyama señalan “la amenidad” como una característica especial del contrato de trabajo ligado con la prestación de servicios, en cuanto el servicio se presta por cuenta ajena, siendo un trabajo prestado a favor de otra persona, en que los beneficios, resultados, frutos, rentabilidad del trabajo le pertenece al empleador, quien también asume los riesgos que acarrea la realización del trabajo (por ejemplo pérdidas económicas, responsabilidad civil contractual y extracontractual, etc.).

**La subordinación.-** Este elemento es considerada como determinante del contrato de trabajo, que lo distingue de los contratos de obra, de locación de servicios u otros tipos de contrataciones con obligación de hacer incluso *intuitu personae*. Por la subordinación el trabajador presta su servicio bajo dependencia, ordenes, fiscalización y facultades sancionadoras del empleador; Luque Parra describe la subordinación como un poder privado en el ámbito del desarrollo de actividades del empleador, indica que es “Un

---

<sup>49</sup> Citado por Jorge Toyama Miyagusuku, op. Cit. Pagina 49.

poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla mas competitiva<sup>50</sup>". Cabe anotar que la subordinación esta en relación al desarrollo de actividades laborales y prestación del servicio, conforme a las facultades reconocidas en el sistema laboral al empleador, las que deben desarrollarse conforme al derecho constitucional de respeto de la persona humana y de su dignidad – artículo 1° de la Constitución Política-.

El trabajador ejecuta la actividad laboral en forma subordinada de acuerdo a las órdenes y disposiciones del empleador quien detenta la dirección con potestades para determinar la forma y modo de prestar el servicio, de fiscalizar (controlar el cumplimiento del servicio) y sancionar (conforme a un Reglamento Interno de Trabajo y legislación laboral). Conforme al artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR *"por la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador"*. Asimismo la ley faculta al empleador a regular y modificar los horarios, forma y modalidad de realización del trabajo: "El empleador esta facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

**La remuneración.-** Es la contraprestación económica que el empleador abona periódicamente al trabajador a cambio de su trabajo. Este es un elemento también característico y propio del contrato de trabajo, que como se tiene dicho es oneroso, siendo el interés y finalidad económica perseguida por la persona que presta su esfuerzo físico o intelectual en una relación jurídica laboral, el obtener una contraprestación por el servicio que presta.

---

<sup>50</sup> Citado por Jorge Toyama Miyagusuku, op. Cit. Pagina 50.



Señala el laboralista Jorge Toyama que uno de los temas centrales en la relación laboral reside en la determinación de la naturaleza jurídica de los ingresos que perciben los trabajadores; como ya los hemos señalado la remuneración constituye uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, El autor antes citado señala que las prestaciones que percibe el trabajador deben ser calificadas “en principio, dado el concepto “totalizador” y la “vis atractiva” o la concepción total y comprensiva de cuantos beneficios perciba como contraprestación de sus servicios, como remunerativas<sup>51</sup>”, con carácter contraprestativo.

El derecho a recibir una remuneración por la prestación laboral encuentra protección constitucional en el artículo 24 que establece: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

## **PRINCIPALES BENEFICIOS LABORALES**

Los beneficios laborales son relevantes en toda relación individual de trabajo, los que se encuentran regulados en normas legales, que ha decir de Jorge Toyama<sup>52</sup> la normatividad laboral en estos temas ha sufrido cambios radicales en nuestro país, siendo la mayor parte de las normas legales en un porcentaje del 95% de la década de los 90.

Es necesario precisar que existen diferentes enfoques, aristas y discrepancias sobre el tema de beneficios sociales, habiendo acogido la perspectiva teórica-práctica desarrollada por Jorge Toyama quien parte de una explicación básica y general del contenido legislativo; para el laborista

---

<sup>51</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. Cit. Pagina 278.

<sup>52</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, op. Cit. Pagina 269.

citado los beneficios sociales son todos los conceptos que perciben los trabajadores “por o con ocasión del trabajo dependiente”, no le interesa al autor el origen (legal –heterònom- o convencional –autònom-), el monto o la oportunidad del pago, la naturaleza remunerativa del beneficio, la relación de genero-especie, la obligatoriedad o voluntariedad, sino que “Lo relevante es que lo percibe el trabajador por su condición de tal”<sup>53</sup>; y en tal aspecto, consideramos que estos beneficios sociales alcanzan y son derechos de los trabajadores; refiriéndonos solo a los beneficios convencionales y mas trascendentes.

**Remuneración.-** Los trabajadores tienen derecho al pago de una retribución justa por la prestación del servicio físico o intelectual; la remuneración constituye uno de los elementos esenciales del trabajo, la que puede estar integrada por un solo concepto, o por varios, contemplado la ley desde una remuneración básica, a remuneraciones complejas integrada por varios conceptos complementarios y suplementarios determinados por ley y/o convenios colectivos. La ley determina la remuneración computable para la determinación de beneficios sociales; asimismo formalmente y también en las instancias judiciales –sin perjuicio que puede ser distante de la realidad en muchos casos- el monto remunerativo no puede ser menor al fijado como mínimo por la ley. La remuneración es pagada en forma mensual y periódicamente al trabajador.

Como lo describe Jorge Toyama, la remuneración tiene como características que se entrega como contraprestación de los servicios, genera ventaja patrimonial al trabajador, puede ser abonada en especie o en efectivo, es de libre disposición del trabajador; por tratarse de contraprestación, el pago esta condicionado al trabajo efectivo prestado ó en su defecto en los casos de suspensión imperfecta del contrato de trabajo (licencias con goce de haber).

Sobre el tema remunerativo la Constitución Política vigente tiene previsto el derecho del trabajador a una remuneración –artículo 24-, la que debe ser

---

<sup>53</sup> TOYOMA MIYAGUSUKU, Jorge, op. Cit. Pagina 272.

equitativa y suficiente para el trabajador y su familia, asimismo que le brinde bienestar material y espiritual. También establece una protección al carácter alimentario de la remuneración, señalando que ésta tiene prioridad sobre otras deudas del empleador.

**Gratificaciones.-** No constituyen un concepto remunerativo, pero si un derecho de los trabajadores, siendo considerada de carácter extraordinario, liberal, vinculada a la ocasión, no es contraprestativa. Se cuenta con gratificaciones estrictamente liberales otorgadas por el empleador en razón de ciertas circunstancias y con fines premiales, por ejemplo gratificaciones extraordinarias por productividad, logros, etc.

También tiene derecho al pago de gratificaciones de fiestas patrias, navidad –aguinaldo-, es adicional a la remuneración y no tiene relación directa con la calidad y/o cantidad del servicio prestado, tampoco se exige requisito adicional a ser trabajador y haber laborado como mínimo un mes calendario completo para su otorgamiento; se encuentran ordenadas por ley 27735, constituyen gratificaciones ordinarias y obligatorias, por lo que ante el incumplimiento de pago el trabajador puede reclamarlas judicialmente.

**Otros pagos.-** Los trabajadores tienen derecho al bono por escolaridad pago que esta vinculado al incremento de gastos por las matriculas e inicio del año escolar de los hijos de los trabajadores. La asignación familiar es un derecho de los trabajadores del régimen laboral privado, y el concepto tiene por finalidad ayudar a los gastos y manutención de los hijos menores de edad, así como los mayores que siguen estudios superiores. La participación laboral en las utilidades de las empresas es un derecho exclusivo de los trabajadores del sector privado.

**Vacaciones.-** El trabajador tiene derecho a gozar de vacaciones remuneradas treinta días al año de labor completo, así como al pago del triple sueldo en caso se le niegue el derecho a vacacionar. Goza de estabilidad laboral relativa, pudiendo ser despedido solo por las causas previstas por ley y cumplidos los procedimientos disciplinarios. Tienen

derecho a la jubilación estando en el sistema provisional del D.L. 19990 a cargo de la Oficina Nacional de Pensiones, y la opción de afiliarse en el Sistema Privado de Pensiones -AFP.

**Compensación por tiempo de servicios.-** No existe acuerdo sobre la naturaleza jurídica de la Compensación por tiempo de servicios, para algunos es un beneficio social, para otros una remuneración diferida, sin embargo por ley –artículo 2 del Decreto Legislativo N° 650 se debe entender como un seguro de desempleo, previstos para las contingencias del trabajador y de su familia, al quedarse éste sin trabajo y dejar de percibir la remuneración mensual.

**Estabilidad laboral.-** Los trabajadores del régimen privado a plazo indeterminado tienen derecho a la estabilidad, por lo que al superar el periodo de prueba de tres meses no pueden ser despedidos salvo por causas justificadas.

La ley admite que se pueda ampliar el periodo de prueba en razón de la capacitación y/o entrenamiento que requiera el trabajador, la ampliación debe constar por escrito no pudiendo exceder en conjunto de seis meses para los trabajadores calificados de confianza y de un año para el personal de dirección –artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad-.

**Suspensión del contrato de trabajo.-** La suspensión se produce cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar servicio y el empleador de pagar la remuneración sin que desaparezca el vínculo laboral (artículo 11 de la Ley citada), siendo en este caso una suspensión perfecta; también se contempla la suspensión imperfecta cuando el trabajador no se encuentra obligado a prestar el servicio por determinadas circunstancias, pero el empleador mantiene la obligación de pagar la remuneración aunque no se ejecute la contraprestación efectiva de labores.

Los casos de suspensión imperfecta se encuentran regulados taxativamente en el artículo 12° de la ley de competitividad y productividad, considerando los casos de invalidez temporal, enfermedad y accidente comprobados,

maternidad durante el descanso pre y post natal, descanso vacacional, licencia para desempeñar cargo cívico y cumplir servicio militar obligatorio, permiso y licencia para desempeño de cargo sindicales, derecho de huelga; también se contempla casos de suspensión perfecta, esto es sin goce de remuneraciones, como el caso de la sanción disciplinaria de suspensión sin haberes, detención del trabajador, inhabilitación administrativa o judicial por periodo no superior a tres meses, permisos o licencias concedidas por el empleador, caso fortuito, fuerza mayor (en este caso la suspensión del contrato de trabajo el empleador debe comunicar previamente a la Autoridad Administrativa de Trabajo justificando la suspensión).

**Extinción del contrato de trabajo.-** El contrato de trabajo se extingue en los casos contemplados por la ley (artículo 16), por fallecimiento del trabajador o del empleador cuando éste último es persona natural. Por renuncia o retiro voluntario del trabajador; terminación de obra o servicio, cumplimiento de condición resolutoria, vencimiento de plazo en el caso de contratos modales, por mutuo disenso entre trabajador y empleador, por invalidez absoluta permanente del trabajador, jubilación del trabajador, despido en los casos y forma permitidos por ley, terminación objetiva en los casos y forma permitidos por la ley. La ley prevé para el caso de renuncia o retiro voluntario y cuando media acuerdo de partes, se requiere se formule por escrito; en el caso de invalidez absoluta permanente del trabajador la relación laboral se extingue automáticamente de pleno derecho; la jubilación es obligatoria y automática para el trabajador que cumple los setenta años.

**Protección contra el despido arbitrario.-** Entre las conquistas del Derecho Laboral se ha conseguido la protección del trabajador contra el despido arbitrario, estando solo permitido el despido por causa justificada previo procedimiento de ley. Las normas y Tratados Internacionales contemplan la importancia de la continuidad de la prestación del servicio, constituyendo un derecho del trabajador, por lo que la interrupción unilateral por decisión del empleador solo es admitida en los casos previamente regulados en los ordenamientos nacionales, mas no se admite en ningún caso el despido arbitrario, contemplando como formas de proteger al trabajador ante actos

de esta naturaleza, vía reposición o indemnización.

El Decreto Legislativo N° 728 contempla en detalle las causales legales para el despido de un trabajador. El artículo 22° de la ley establece que “Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

El artículo 23 contempla las siguientes causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: el detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

El artículo 24° contempla causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: la comisión de falta grave; la condena penal por delito doloso; la inhabilitación del trabajador.

La falta grave prevista como causal de despido, viene a constituir la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación.

Estando tipificadas en el artículo 25 de la ley las faltas graves: el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva

de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta. La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor. El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa con la intención de causar perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal.

La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo.

Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente

de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente.

El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de ésta.

El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

Las faltas graves se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir (artículo 26).

El despido del trabajador por comisión de delito doloso se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y ser conocido por el empleador, salvo que este haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador (artículo 27).

La inhabilitación que justifica el despido del trabajador, es la emitida por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un periodo de tres meses o más (artículo 28).

El trabajador se encuentra protegido contra el despido que tenga por motivo: la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; por ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; en el caso de presentar una queja o participar en un proceso



contra el empleador ante las autoridades competentes; en los supuestos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; el embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de una causa justa para despedir.

Ello es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa. En estos casos el despido es nulo y el trabajador tiene derecho a la reposición.

Las hostilizaciones al trabajador son equiparadas como despido indirecto (artículo 30º), considerando como actos de hostilidad que constituyen despido: Falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo fuerza mayor o caso fortuito comprobados por el empleador; reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio; la inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador; el acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia; los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; los actos contra la moral y todos los que afecten la dignidad del trabajador.

El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito al empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para el descargo o enmienda su conducta, según sea el caso. Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia.

Contando el trabajador con normas que lo protegen contra despidos arbitrario, injustificados, nulos, actos de hostilización en protección de sus derechos laborales y su dignidad.

## **CAPITULO IV**

### **CONTRATACION LABORAL EN EL SECTOR PUBLICO**

#### **CLASES DE CONTRATO DE TRABAJO**

Respecto a los contratos de trabajo la primera clasificación que se conoce esta vinculada a la duración del contrato, a la continuidad de la prestación del servicio, que puede ser a plazo indeterminado y a plazo fijo.

Mas esto no es todo en el tema de contratos de trabajos, existiendo en el derecho laboral nacional una peculiaridad de contener normas y leyes que regulan diferentes regimenes laborales, que incluye dos grandes y destacados como el régimen privado y el régimen público, además de los variados regimenes laborales especiales.

Para este trabajo interesa tratar solo de los contratos de trabajo aplicados en el sector público, del régimen privado regulado por el Decreto Legislativo N° 728, el contrato del régimen publico regulado por el Decreto Legislativo N° 276, y el contrato administrativo de servicios; y también trataremos de la locación de servicios y contratos de servicios no personales que sin estar previstos legalmente como contratos de trabajo, han constituido modalidades muy usada para encubrir una relación laboral; y cuyo análisis nos servirán para entender mejor el contexto laboral en que se ha creado el Contrato Administrativo de Servicios, cuya inconstitucionalidad es materia de este trabajo.

#### **CONTRATO DE TRABAJO DEL REGIMEN PRIVADO. Decreto Legislativo N° 728**

Pertenece al ámbito del sector privado, creado para regular las relaciones jurídicas laborales de los trabajadores que prestan servicios para

empleadores particulares; sin embargo este régimen laboral fue introducido en el sector público donde subsiste y/o coexiste con el régimen del Decreto Legislativo N° 276, en la realidad laboral es la situación de la generalidad de las entidades públicas (como en el caso de las Municipalidades que tiene empleados y funcionarios en el régimen público, y obreros como los denominados trabajadores municipales en el régimen privado; en igual forma en varias entidades públicas como en el caso de las universidades nacionales, ministerios, e incluso Poder Judicial<sup>54</sup> conviven laboralmente personal de los dos regímenes diferentes), salvo excepciones muy limitadas, y casos donde se aplican regímenes específicos (como por ejemplo los docentes del sector educación).

Este tipo de contratación solo admite la prestación de servicios en forma personal y directa del trabajador, estableciendo el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 728 que “Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural”.

El contrato de trabajo de este régimen se caracteriza por la prestación de servicios remunerados bajo relación de dependencia y subordinación -artículo 4 Decreto Supremo N° 003-97-TR- (a diferencia de la locación de servicios donde no existe el carácter dependiente ni subordinación). La duración del contrato por regla general es a plazo indeterminado, y la excepción es la temporalidad; por lo que la norma presume en toda prestación de servicios remunerados y subordinados un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

El contrato a plazo indeterminado no tiene un término definido en razón de la naturaleza de las labores y la continuidad del servicio, a diferencia del contrato a plazo determinado que es temporal pudiendo ser a tiempo parcial o sujeto a modalidad; ambos están en relación a las condiciones

---

<sup>54</sup> En el Poder Judicial y el Ministerio Público, los magistrados se encuentran en el régimen del Decreto Legislativo N° 276 y el personal jurisdiccional y administrativos en el régimen del Decreto Legislativo N° 728 a plazo indeterminado y plazo fijo.

contractuales, será parcial cuando la prestación de servicios se efectúa por una jornada laboral menor a las ocho horas, y será modal por la relación con aspectos subyacentes al contrato de trabajo.

Resulta pertinente tener presente que el contrato de trabajo sujeto a modalidad -denominado como contrato modal-, no está previsto para negar el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores; la norma lo ha contemplado para ser aplicado en determinadas circunstancias justificadas por la naturaleza temporal o accidental del servicio o de la obra a ejecutar.

Cuando el contrato modal no cumple los supuestos legales se desnaturaliza, siendo reconocido por el ordenamiento jurídico -que privilegia la primacía de la realidad por sobre los documentos- como un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

### **Contratos Modales**

Los contratos modales permitidos por la ley de productividad y competitividad laboral son los siguientes:

- a. Contrato de naturaleza temporal por inicio o lanzamiento de una nueva actividad empresarial, cuya duración máxima no puede superar los tres años, en relación al tiempo considerado como prudencial para que una nueva actividad empresarial pueda consolidarse y tener visos de continuidad.
- b. Contrato por necesidades del mercado, de naturaleza accidental dependiendo de las circunstancias del mercado, que exceden las exigencias normales y no pueden ser atendidas por el personal permanente de la empresa; la duración máxima de renovación contractual es de cinco años.
- c. Contrato por reconversión empresarial, en casos de sustitución, modificación, ampliación de actividades de la empresa, así como cambio de tecnología y renovación de equipos y maquinarias de la empresa, medios o sistemas, procedimientos de producción, etc.

d. Contratos de naturaleza accidental, para atender necesidades temporales y transitorias de actividades propias de la empresa, puede ser por una duración máxima de 6 meses por año.

e. Contrato ocasional –accidental, para atender necesidades de carácter transitorio pero diferentes a las normales de la empresa, cuya duración máxima es de seis meses a un año.

f. Contrato de suplencia, para cubrir temporalmente una plaza que no esté cubierta con personal a plazo indeterminado o estándolo por razones justificadas éste no puede prestar el servicio por cierto tiempo.

g. Contrato de emergencia, para atender necesidades de la empresa suscitadas por fuerza mayor o caso fortuito.

h. Contrato de obra o servicio, se celebran por obra determinada o servicio específico, el término del contrato está en relación a la duración de la obra o del servicio objeto del contrato; no está previsto para labores de naturaleza permanente de la propia empresa o entidad.

i. Contrato intermitente, para atender necesidades de la empresa en actividades permanentes pero no continuas, la contratación por cada periodo se produce en forma automática.

j. Contrato por temporada, para atender necesidades propias de la empresa que se dan en específicas épocas y ocasiones del año, por ejemplo campañas de navidad, fiestas patrias, que se dan todos los años pero por épocas.

Los contratos modales no pueden superar los plazos máximos previstas por ley, pues de hacerlo o ser utilizado para cometer fraude contra la ley, se produce la desnaturalización considerándose un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Desde ya podemos advertir que la Contratación Administrativa de Servicios no se encuentra en ninguno de los supuestos del contrato modal, por estar previsto para labores de carácter permanente, propias de la institución pública; no es ocasional ni responde a inicio de actividades ni lanzamiento de campañas; solo coincide con uno de los casos cuando es utilizado para reemplazar provisionalmente a un personal de plazo indeterminado, hasta que este retorne a su plaza, es decir para los casos de suplencia; contratación CAS por suplencia que algunos lo llaman “CAS impuro”, para diferenciarlo del “CAS puro” que indica la contratación laboral sin fines de suplencia.

Los derechos y beneficios sociales del régimen privado se encuentran ampliamente detallados en el capítulo anterior, gozando el trabajador además del derecho al pago de una remuneración de carácter contraprestativa por el trabajo realizado, del pago de gratificaciones ordinarias y extraordinarias, pagos por conceptos varios, como bonos, escolaridad entre otros, derecho a vacaciones, el pago de la compensación por tiempo de servicios al término de la relación laboral; también tiene derecho a la estabilidad laboral, a la protección contra el despido arbitrario e injustificado, regulando la ley expresamente las causales justificadas de despido, como las acciones legales del trabajador contra el despido arbitrario, despido nulo, gozando del derecho a la indemnización o la reposición respectivamente.

En la década de los años noventa se produjo un fenómeno de migración del régimen legal laboral del decreto legislativo 728, al sector público, prevaleciendo en las autoridades políticas a cargo de las entidades públicas la concepción de flexibilización en la administración de recursos humanos – ahora talentos-, y buscando una norma que les brinde la posibilidad de manejar con mayor libertad el tema de las remuneraciones, categorías y niveles, distribución de funciones y responsabilidades, obligaciones y sanciones a los trabajadores, es que este sistema laboral se mudó al ámbito público, empezando con instituciones nueva en aquel entonces, como

Indecopi, Osinerg, Conasev, Contraloría, Sunat, Aduanas, al Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Tribunal Constitucional (antes Tribunal de Garantías Constitucionales), Congreso, Onpe, Reniec, etc.

Otra de las razones de la migración se debió al tema previsional, considerando que era mayor el costo previsional para los trabajadores del régimen publico -276-, por la aplicación de la Ley 20530 que les daba derecho como cesantes al pago mensual de las remuneraciones actualizadas e iguales conceptos y montos que percibe un servidor en actividad, sistema conocido como “cedula viva”.

Ello originó la inclusión en el sector publico de un régimen laboral privado, estableciendo diferencias en los derechos laborales, pero no con fines de proteger al trabajador, sino evitar mayores costos al Estado, así como superar problemas en el manejo de personas, que pensamos que podría solucionarse con una mejor política y legislación laboral, que responda a criterios técnicos y no subjetivos, con proyección en el tiempo y no para soluciones temporales; debiendo tener en consideración especialmente que no se están manejando recursos económicos ni bienes, sino seres humanos que tienen derecho al respeto como personas y de su dignidad, y a la protección de sus derechos laborales y derecho a su bienestar conforme a un Estado Social; no es un imposible considerando que de acuerdo a las normas y tratados internacionales que más han desarrollado la protección de los trabajadores, solo exigen a los Estados el cumplimiento de los mínimos, así como la progresión y no retroceso sobre lo ya reconocido.

### **CONTRATO DE TRABAJO DEL RÉGIMEN PÚBLICO. Decreto Legislativo N° 276**

Es un régimen laboral estricta y exclusivamente para las personas naturales que prestan servicios en las entidades del Sector Público. La ley regula el acceso mediante concurso público previo cumplimiento del perfil y requisitos del cargo, incorporándose el trabajador cuando es nombrado.

El Decreto Legislativo N° 276 denominado Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público se promulga con fecha 25 de marzo del año 1984, teniendo por sustento el artículo 59 de la Constitución Política del Estado del año 1979, con la finalidad de regular el ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos; expone que la: “Carrera Administrativa es una institución social que permite a los ciudadanos ejercer el derecho y el deber de brindar sus servicios a la Nación, asegurando el desarrollo espiritual, moral, económico y material del servidor público, a base de méritos y calificaciones en el desempeño de sus funciones y dentro de una estructura uniforme de grupos ocupacionales y de niveles”.

El artículo primero del Título Preliminar de la norma define a la carrera pública como el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la administración pública.

La ley distingue a los servidores de carrera, de los contratados, asimismo establece que los funcionarios públicos que desempeñan cargos políticos o de confianza, al igual que los servidores contratados no están comprendidos en la Carrera Administrativa, así como tampoco los miembros de las Fuerzas Armadas, Policiales, ni trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta cualquiera sea su forma jurídica.

En el régimen público del Decreto Legislativo N° 276 se encuentran los servidores de carrera –que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente-, así como los servidores contratados –para realizar labores administrativas de carácter permanente-.

La norma regula que el ingreso a la carrera administrativa es mediante presentación y aprobación del concurso de admisión, habiendo cumplido previamente los requisitos de ser ciudadano peruano en ejercicio, buena conducta y salud, atributos del grupo ocupacional y demás que señalen las leyes (artículo 12).



También regula la promoción y ascenso del servidor de carrera; y posibilitaba que el servidor contratado pudiera ingresar a la carrera pública previa evaluación y bajo condición de que existiere plaza vacante, con el beneficio de que le reconocían la antigüedad y tiempo de servicios prestados como contratado.

Cabe resaltar que de acuerdo a la ley, la carrera pública se rige por los principios de igualdad de oportunidades, estabilidad, garantía del nivel adquirido, retribución justa y equitativa, rigiéndose esta última por principios de universalidad, base técnica, relación directa con la carrera y adecuada compensación económica.

En lo que se refiere a las obligaciones, prohibiciones y derechos previstos en el artículo 21 de la ley, así como el régimen disciplinario, estos alcanzan a todos los servidores públicos con independencia si son de carrera o contratados. Las obligaciones están referidas al cumplimiento de las funciones, proteger los intereses del Estado, emplear austeramente los recursos públicos, cumplimiento del horario y puntualidad, conocimiento, capacitación, buen trato al público, superiores y compañeros de trabajo; así como deberes de confidencialidad y reserva, y deberes de informar actos delictivos o de inmoralidad cometidos en ejercicio de la función pública.

Tienen la obligación de efectuar declaración jurada de ingresos, bienes y rentas; y entre las prohibiciones se encuentran la de realizar actividades distintas al cargo durante el horario de trabajo –salvo labor de docente–, recibir retribución de terceros para realizar u omitir actos de servicio, realizar actividad política partidaria durante el cumplimiento de deberes.

Los derechos y beneficios de los trabajadores del sector público son similares con los del sector privado, en cuanto al derecho de pago de una remuneración mensual y periódica, sin embargo el monto de las remuneraciones es regulado por ley y de acuerdo a escalas remunerativas.

Tienen derecho al pago de gratificaciones de fiestas patrias y navidad, así como el bono por escolaridad, pero a diferencia del sector privado, todos los trabajadores públicos no reciben un sueldo por dichos conceptos, sino el

monto fijado por ley; en algunos casos de funcionarios públicos si reciben un sueldo, pero cabe anotar que la remuneración viene a constituir menor que la retribución mensual que perciben (que esta compuesta por el sueldo, diferentes tipos de bonificaciones y otros conceptos que no se consideran como remuneración y no son pensionables). A diferencia del sector privado que las remuneraciones las fija directamente el empleador, con el derecho del trabajador que la misma sea integrada por todo pago periódico y de libre disposición que perciba el trabajador.

Los trabajadores gozan del derecho a un mes de vacaciones por año de labor cumplido, que es disfrutado en la fecha que señale la entidad pública y de acuerdo a la necesidad del servicio.

En cuanto al derecho a huelga y sindicalización, esta permitido para la generalidad de trabajadores del sector publico, mas se restringe para algunos funcionarios y según el tipo de actividad esencial para el Estado, por ejemplo altos mandos militares, magistrados, etc.

El trabajador público goza de estabilidad laboral, por lo que solo puede ser cesado o destituido por causa prevista por ley y previo procedimiento disciplinario; entre las causales de cese se encuentran supuestos coincidentes con el régimen privado, como el caso de fallecimiento, incapacidad absoluta permanente, renuncia, etc.

El servidor público del régimen 276 se encuentra protegido contra el despido injustificado y el despido nulo. Tiene derecho a la jubilación por lo general al cumplir los 70 años de edad; sin embargo según la fecha de ingreso a la dependencia estatal y la ley que lo acoge, algunos son considerados cesantes (D.L. 20530) y otros jubilados ( D.L. 19990 y AFP). Al término de la relación laboral tienen derecho al pago de la compensación por tiempo de servicios, al igual que el régimen privado reciben un sueldo por año.

## **CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS**

El contrato de locación de servicios se encuentra regulado en el Título IX de

Prestación de Servicios de la Sección Segunda del Libro VII del Código Civil, constituyendo contrato nominado cuyo objeto es la prestación de servicios.

El artículo 1755 del Código Civil establece que por la prestación de servicios se conviene que estos o su resultado sean proporcionados por el prestador comitente. Las modalidades de prestación de servicios nominados vienen a constituir la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro.

De acuerdo a la norma sustantiva –artículo 1764 Código Civil-, por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. La ausencia de subordinación es la característica diferenciadora de la locación de servicios respecto al contrato de trabajo.

Estando ante un tipo contractual por el cual una persona presta servicios a favor de otra persona natural o jurídica, los servicios pueden ser materiales o intelectuales, el servicio puede ser remunerado o no, y cuando lo fuere este se pagará después de efectuado el servicio o aceptado su resultado; se admite de acuerdo a la naturaleza del servicio, la costumbre que el servicio sea pagado por adelantado o periódicamente.

A diferencia de los otros contratos nominativos de prestación de servicios, en la locación de servicios el locador debe prestar personalmente el servicio, sin embargo se admite bajo su responsabilidad y dirección que reciba la colaboración de otras personas, siempre que ello se encuentre permitido por el contrato, usos y/o naturaleza de la prestación.

La remuneración se fija por común acuerdo de las partes, y en el caso que no se hubiere acordado, se determina según las tarifas profesionales, usos, de acuerdo a la calidad, entidad y demás circunstancias del servicio.

La prestación de servicios bajo esta modalidad está sujeta a un plazo máximo de seis años en el caso de servicios profesionales, y de tres años

en otro tipo de servicios.

Estando ante un contrato de naturaleza civil, que se perfecciona con el consentimiento de las partes, siendo consensual, bilateral, con obligaciones recíprocas, prestación de servicios –materiales o intelectuales-, en forma personal –con o sin auxiliares o colaboradores a cuenta del locador-, y contraprestación de una retribución –llámese remuneración, honorarios, etc.-

No hay relación de dependencia ni subordinación entre el locador –que presta el servicio-, con el conductor –que recibe el servicio-; el locador es independiente en relación a la otra persona, tampoco recibe ordenes de ella ni esta sometido a su dirección, la obligación contractual del locador es prestar el servicio –resultado- en los términos contractuales convenidos.

La locación de servicios definitivamente no es un contrato de trabajo, sin embargo en la práctica y realidad se suele usar esta figura contractual para encubrir una relación laboral en perjuicio del trabajador.

## **CONTRATO DE SERVICIOS NO PERSONALES**

El contrato de servicios no personales no tiene una categoría jurídica específica, este contrato se origina en razón de normas presupuestarias que contemplaban la contratación de personal para el sector público. Se tratan de normas dispersas que hacen mención a este tipo de contratación, la Ley Anual de Presupuestos y la derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado hacía referencia a este tipo de contrato; mas no se cuenta con una norma especial que regule su naturaleza jurídica, que lo reglamente.

Esta situación de vacío legislativo ocasionó que en la práctica se apliquen normas de derecho administrativo, derecho civil, derecho laboral público y privado (en relación a obligaciones y sanciones), para solucionar o responder a las situaciones que se producían en la aplicación de la

contratación por servicios no personales.

Cabe anotar que las normas de presupuesto que se remitían a este tipo de contratos, que implícitamente tenían un status jurídico de naturaleza laboral aplicado al sector público, que en un momento llegó a contratar un aproximado de 70,000 personas bajo este régimen, que por cierto tampoco les reconocía derechos laborales, beneficios sociales, seguridad social ni previsional.

Este tipo de contratación prevista por ley presupuestaria, era aplicado indistintamente por el Poder Ejecutivo y extendido a varias entidades e instituciones del sector público. Por la masificación de la contratación, el ente a cargo del Sistema de Presupuesto del País, llegó a señalar que las denominaciones de locación de servicios, servicios no personales y consultoría, por los que se contrataba los servicios de personas naturales, se caracterizan por la prestación de servicio temporal sin vínculo laboral y para desarrollo de funciones conforme a los reglamentos internos institucionales y formando el cuadro de asignación de personal.

Básicamente era un sistema de contratación formal, sin reglas propias, pero exigía para sustentar el pago la existencia de un contrato suscrito por ambas partes, renovado según las normas presupuestarias. El contrato de servicios no personales también encubría relaciones laborales generando al igual que la locación de servicios la judicialización de los casos que concluían con el amparo de los derechos de los trabajadores; las demandas judiciales por desnaturalización de contrato se sustentaban en la aplicación del principio de primacía de la realidad, pues no importa el nombre que se le dé al contrato, ni los términos del documento suscrito, sino la realidad de los hechos, como es la prestación de servicios bajo relación de subordinación, dependencia y pago de remuneración periódica.

Los jueces reconocían a los demandantes su calidad de trabajadores con contrato de trabajo a plazo indeterminado con todos los beneficios y derechos que la ley concede al régimen privado del Decreto Legislativo N° 728; en otros casos los demandantes además de ser reconocidos como

trabajadores, obtener estabilidad y reconocimiento de derechos y beneficios sociales, como pago de sumas de dineros por adeudos laborales, accedían de esta forma al régimen publico del Decreto Legislativo N° 276.

Convirtiéndose en una forma de acceder a la carrera pública que ha sido objeto de cuestionamientos, sin embargo debe tenerse presente que ello no se venia produciendo por culpa de los trabajadores, sino por la falta de diligencia del empleador –en este caso el Estado-, de solucionar el problema de contrataciones de servicios que habían superado el carácter de temporalidad y que realmente no eran otra cosa que contrataciones laborales.

Por otro aspecto el Estado no es eficiente en los procedimientos de selección y admisión de los recursos humanos –hoy llamados con propiedad gestión de talentos-; considerando que el problema de ingreso de personal al servicio público, supera este tema de acceso por contratos temporales residiendo en la falta de transparencia, rectitud y diligencia en los procedimientos administrativos de convocatoria, concurso y selección –que también se exige para las contrataciones temporales e incluso en ocasiones mas rigurosos en la exigencia de requisitos para el nombramiento del servidor de carrera-.

La situación existente así como las consecuencias jurídicas, por la irregular contratación de personal en el sistema de servicios no personales por entidades públicas, se pretendió solucionar con la creación de un nuevo sistema de contratación exclusivo para el sector público, al que se le puso el nombre de contrato administrativo de servicios que se desarrolla a continuación.

## **CAPITULO V**

### **EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS: RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL, PRIVATIVO Y MARGINAL**

En este capítulo desarrollaremos sobre la contratación laboral que ha motivado la presente investigación, empezando por los antecedentes y orígenes de este tipo de contrato que ha suscitado controversias en su implementación, además de haber motivado un gran cantidad de demandas judiciales por desnaturalización que en inicio eran amparadas mayoritariamente con inaplicación de la norma en ejercicio del control difuso, y que inclusive ha provocado hasta la fecha la interposición de dos demandas de inconstitucionalidad, que si bien una fue declarada infundada y otra improcedente, en la primera de ellas STC N° 00002-2010-AI/TC el Tribunal Constitucional reconoció que la norma establecía propiamente un contrato de trabajo, al cual debía incorporarse el reconocimiento de algunos derechos laborales, sentencia que también es objeto de análisis en esta investigación.

#### **ORIGEN LEGAL**

El contrato administrativo de servicios tiene por antecedente la Ley de Contrataciones del Estado Decreto Legislativo N° 1017 que regula los contratos de bienes y servicios a favor del Estado; en este marco legal se dictó el Decreto Legislativo N° 1057 creando lo que ahora conocemos como el contrato administrativo de servicios, denominación legal que no era coherente con el régimen contractual de trabajo que incorporaba a un sistema de contrataciones administrativas estrictamente para abastecer al

Estado de bienes y servicios. Las normas se dictaron en razón de la delegación de facultades legislativas a favor del Poder Ejecutivo para efectos del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

## **LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

Mediante el Decreto Legislativo N° 1017 de fecha cuatro de junio del año 2008 se aprueba la Ley de Contrataciones del Estado<sup>55</sup>; norma que se sustenta en la Ley N° 29157 que delega facultades al Poder Ejecutivo para legislar por un plazo de 180 días calendario “sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial del Perú – Estados Unidos y con el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento; entre las que se encuentran la mejora del marco regulatorio, la simplificación administrativa y la modernización del Estado”.

Es importante resaltar que la delegación de facultades legislativas conferidas al Poder Ejecutivo por el Congreso de la República estaban orientadas a la emisión de normas en el marco de la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, para mejorar el marco legal, simplificación administrativa y modernización del Estado.

Siendo así que el artículo primero del Decreto Legislativo N° 1017 establece disposiciones y lineamientos a observar por las Entidades del Sector Público “en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se deriven de los mismos”.

El objeto de la norma era establecer normas orientadas a “maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4° de la presente norma”; principios que regulan todo proceso de contratación pública, como

---

<sup>55</sup> Por Decreto de Urgencia N° 014-2009 del 31 de Enero del 2009, el Decreto Legislativo N° 1017 entró en vigencia a partir del primero de febrero del 2009.



moralidad, libre concurrencia y competencia de postores, imparcialidad en los acuerdos y resoluciones en las contrataciones con criterios técnicos y objetivos en el tratamiento de postores y contratistas, razonabilidad, eficiencia, publicidad, transparencia, economía, vigencia tecnológica, trato justo e igualitario, equidad, sostenibilidad ambiental, asimismo se contempla el principio de promoción del desarrollo humano en el sentido que la contratación pública debe coadyuvar el desarrollo humano en el ámbito nacional de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.

El artículo 3.3 de la norma, prescribe la inaplicación de la misma para la contratación de trabajadores, empleados, servidores, funcionarios públicos sujetos a los regímenes de la carrera administrativa o laboral de la actividad privada; tampoco es de aplicación a los contratos de locación de servicios o de servicios no personales que celebren las entidades con personas naturales.

Constituyendo una norma que regula las contrataciones y adquisiciones del Estado, con ámbito de aplicación a las contrataciones de bienes, servicios, obras brindadas por terceros y cuya contraprestación sea pagada con fondos públicos –artículo 1° del Reglamento de la Ley-. No era una norma destinada a regular la contratación de personal con relación laboral bajo dependencia y subordinación; la ley fue dictada en el marco del tratado de libre comercio con la finalidad de mejorar la gestión pública en tema de contrataciones del Estado, las que originaron los denominados con propiedad “Contratos Administrativos de Servicios”.

Las normas que regulan este tipo de contrataciones del Estado tienen como premisa mayor el artículo 76 de la Constitución Política, que fue materia de interpretación en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 020-2003-AI/TC que declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad e ineficacia de la Ley N° 27635 al considerar que no podía ensayar una interpretación que permita adecuar la norma al sistema constitucional, a consecuencia de las evidencias de posibilidad de distorsión en la consecución de los objetivos de transparencia, imparcialidad y trato justo e igualitario que

fundamentan toda adquisición pública.

En la sentencia citada el Tribunal tiene expresado que “La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones” (fundamento 11°); anota que la función constitucional de la norma es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos, contando con un procedimiento “peculiar” orientado a la transparencia en las operaciones, imparcialidad, libre competencia y trato justo e igualitario a los potenciales proveedores, con el objetivo de asegurar la obtención oportuna y eficiente de bienes, servicios u obras, con la mejor oferta económica y técnica.

Definitivamente este sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado no está previsto para la contratación de personas que presten servicios laborales de carácter permanente y personal, asimismo el Decreto Legislativo N° 1057 que regula el contrato administrativo de servicios no se encuentra dentro del ámbito del artículo 76 de la Constitución Política.

## **LEY DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS**

Con fecha 27 de junio del 2008 el Poder Ejecutivo dicta el Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación, para lo cual utiliza las facultades delegadas mediante la Ley 29157 para legislar en el marco del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, orientada al fortalecimiento institucional y modernización del Estado. El artículo primero de la norma establecía como finalidad regular el régimen especial de contratación administrativa de servicios, con objeto de garantizar los principios de mérito, capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

El ámbito de aplicación de la norma –previsto en el artículo 2°- se establece

para toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado; el artículo 2 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 prescribe que se aplica a todas las entidades de la administración pública, entendiendo por ellas al Poder Ejecutivo, ministerios, organismos públicos, Congreso de la República, Poder Judicial, organismos constitucionalmente autónomos, gobiernos regionales y locales, universidades nacionales, demás entidades sujetas a normas comunes de derecho público. Señala que las empresas del Estado no se encuentran sujetas al ámbito de aplicación de esta normatividad.

La norma define al contrato administrativo de servicios como “una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado”, regulado por la norma y no sujeta 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.

Naciendo así una nueva y polémica forma de contratación de personas bajo un régimen especial para que presten servicios en el sector estatal; que supuestamente con ello se contribuiría al fortalecimiento institucional y modernización del Estado, favoreciendo la ejecución del Tratado Internacional de Libre Comercio.

## **NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS**

El artículo primero del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, establecía originariamente que el contrato administrativo de servicios era “una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma”, que se rige por normas de derecho público, con solo los beneficios y obligaciones del

decreto legislativo antes anotado; no estando sujeto a la ley de la carrera administrativa, ni al régimen de la actividad privada ni otro régimen de carrera especial.

Se quiso adaptar el contrato administrativo para la prestación de servicios “de manera no autónoma”, que en realidad era un contrato de trabajo bajo subordinación y dependencia; también cuidaban de excluirlo expresamente de los otros regímenes laborales evitando que los contratados puedan acceder a los mismos.

No era en propiedad un contrato administrativo del ámbito de contrataciones y adquisiciones del Estado, pues no se tratan de servicios prestados en forma independiente por proveedores del Estado, ni de adquisición de bienes para el Estado. Era una forma de utilizar la ley para encubrir una relación de trabajo, y desconocer derechos laborales de los trabajadores, además de evitar la gran cantidad de procesos judiciales con el consecuente perjuicio económico por las demandas de desnaturalización de contrato, que se producían a consecuencia del mal uso de contrataciones en régimen 728 a plazo fijo y locación de servicios en el sector público.

En razón de la STC N° 00002-2010-AI/TC que reconoció que se trataba de un contrato de trabajo, el Poder Ejecutivo se vió forzado a modificar la norma dictando el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM de fecha 27 de julio del 2011, cambiando la naturaleza jurídica y definición legal del contrato administrativo de servicios, siendo el texto actual de la norma el siguiente:

“El contrato administrativo de servicios es un régimen especial de contratación laboral que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera subordinada; rigiéndose por normas especiales y confiriendo únicamente los beneficios y las obligaciones inherentes al régimen especial”.

Evidentemente la norma regulaba no un contrato administrativo de servicios comprendido en el sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado; sino que encubría un contrato de trabajo a plazo fijo, con 48 horas a la semana de prestación de servicios, bajo relación de dependencia,

subordinación, para realizar labores de carácter permanente.

No cabía duda la naturaleza jurídica laboral del denominado contrato administrativo de servicios, que en propiedad es -un contrato de trabajo-, por lo que era necedad negarlo, más cuando habían sido descubiertos públicamente por el Tribunal Constitucional, que imponía la interpretación en ese sentido.

La naturaleza jurídica de este tipo de contrato impropriamente<sup>56</sup> denominado “contrato administrativo de servicios”, no es otra que un contrato de trabajo como también lo reconoció el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad Sentencia N° 00002-2010-AI, estableciendo en su fundamento 47 una regla interpretativa del artículo primero de la ley, en el siguiente sentido: “De modo que, a partir de la presente sentencia, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1057 debe ser interpretado de modo que toda actividad interpretativa hecha respecto al denominado “contrato administrativo de servicios”, deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el marco constitucional”.

Asimismo, de acuerdo a las características de la contratación a plazo fijo, renovable, para labores de carácter permanente, coincidimos que es un sistema de contratación laboral sujeta a régimen especial a plazo fijo.

Por otro aspecto es un contrato estrictamente formal, sujeto a reglas y plazos desde la convocatoria, selección, y proclama de ganador de concurso para la celebración y suscripción del contrato que debe constar por escrito.

Por lo que adicionalmente a ser un contrato de trabajo a plazo fijo, es estrictamente un contrato formal que no puede ser celebrado verbalmente

---

<sup>56</sup> Como lo hemos señalado anteriormente la contratación administrativa de servicios regulados primigeniamente por el Decreto Legislativo N° 1057 estaba previsto para los procesos y contratos del Estado para la adquisición de bienes y servicios de otra naturaleza, por lo que no resulta apropiada la denominación que se le atribuyó a este contrato laboral.

sino por escrito y como resultado del cumplimiento del procedimiento previo de concurso y selección; en consecuencia no se presume la celebración y suscripción del contrato, ni es suficiente la sola suscripción del contrato si no es el resultado de un procedimiento previo, debiendo estar acreditado mediante documentos que acrediten el concurso público, como contenga el contrato formalizado –ab solemnitate-, significando que la inobservancia de las formalidades acarrearán la nulidad del contrato.

## **CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS**

**Contratación.-** El Decreto Legislativo N° 1057 establece como requisitos para la contratación administrativa de servicios por la entidad pública, que exista requerimiento de la entidad usuaria y disponibilidad presupuestaria, y luego de ello el cumplimiento del procedimiento de concurso público.

**Admisión.-** El acceso a este régimen laboral es por concurso público conforme al artículo tercero del D.S. N° 075-2008-PCM, el concurso tiene varias etapas, la preparatoria que comprende el trámite y aprobación del requerimiento de la entidad pública, la convocatoria que comprende la publicación formal incluyendo el cronograma, etapas de procedimiento de contratación, mecanismos de evaluación, los requisitos mínimos del postulante, condiciones esenciales del contrato, lugar, plazo y monto de la remuneración; la selección que comprende la evaluación “objetiva” del postulante, concluyendo con la suscripción y registro del contrato.

**Duración del contrato.-** Es un contrato a plazo fijo o determinado, con opción de ser renovado; el artículo quinto del Reglamento establece que el contrato no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal, pero que sin embargo puede ser prorrogado o renovado a decisión y consideración de la entidad contratante y en función a sus necesidades.

Respecto de la prórroga y renovación del contrato administrativo de servicios, el Reglamento también las limita en relación al año fiscal, y

establece como exigencia que las mismas se formalicen por escrito antes del vencimiento del contrato o de la prórroga o renovación anterior.

Establece que cuando el trabajador continúe laborando sin que se hubiere formalizado la prórroga o renovación, se entiende que el contrato se ha ampliado automáticamente por el mismo plazo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario que provocó la ampliación automática.

Para dar termino al contrato de trabajo por vencimiento del plazo, el empleador debe comunicarle por escrito sobre la no prórroga o no renovación, con anticipación de cinco días hábiles previos al vencimiento del contrato administrativo.

La norma admite que se ponga fin a la relación laboral antes del vencimiento del plazo del contrato, por decisión unilateral de la entidad e incluso sin procedimiento previo; contemplando el término de la relación contractual por decisión unilateral sin mediar incumplimiento del contratado, quien solo tendrá derecho al pago de una penalidad por la resolución del contrato, equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir hasta por un máximo de dos remuneraciones, no importando si el plazo pendiente era por un periodo mayor a los dos meses.

Los casos de suspensión del contrato con goce de haber y sin goce de haber son similares a los de los otros regimenes laborales, contemplando los supuestos de licencias por salud, maternidad, particular, etc.,

**Jornada Máxima Laboral.**- Este tipo de contratación tiene como jornada máxima de 48 horas de prestación de servicios a la semana, prohibiendo que se exceda el máximo; no contempla pago por horas extras, pero si la posibilidad de compensación con descanso físico por la prestación de servicios en sobretiempo.

**Descanso físico.**- Se contempla el descanso de veinticuatro horas continuas por semana.

**Vacaciones.**- En cuanto a las vacaciones solo se les reconoce el derecho

de 15 días calendario por cada año de servicio cumplido. Tiene derecho al pago por el tiempo de vacaciones, y en el caso de cese solo tiene derecho al pago de vacaciones ganadas ó truncas según el caso.

**Atención de salud.**- Los trabajadores de este régimen constituyen afiliados regulares del régimen contributivo de Essalud, con los mismos derechos para la atención médica conforme a la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, comprendiendo también a sus derechohabientes conforme a ley.

**Afiliación al régimen de pensiones.**- Los trabajadores tienen derecho a afiliarse al régimen de pensiones pudiendo elegir entre el régimen nacional o el sistema privado de administración de fondos de pensiones.

**Lactancia y licencia por paternidad.**- Inicialmente las mujeres trabajadoras no tenían derecho a permiso por lactancia; en razón de las modificaciones, se incluyó el artículo 8-A en el Reglamento para reconocer su derecho a una hora diaria por lactancia conforme a lo previsto en la Ley de lactancia materna N° 27240; también se comprendió la licencia por paternidad conforme a la Ley 29409.

**Sindicalización.**- Esta también fue una conquista en razón de la demanda de inconstitucionalidad, en que el Tribunal Constitucional dispuso que el Poder Ejecutivo dicte la norma reconociendo este y otros derechos laborales, pretendiendo así salvar la inconstitucionalidad de la norma. Reconociendo el nuevo artículo 11-A del Reglamento el derecho a formar sindicatos, a sindicalizarse a elegir, a participar en actividades sindicales.

**Derecho de huelga.**- En igual forma este derecho fue reconocido posteriormente en razón del proceso de inconstitucionalidad, incorporando al Reglamento el artículo 11-A el derecho a huelga conforme a la Ley de Relaciones colectivas y normas complementarias.

**Otras características.**- El artículo primero del Decreto Legislativo N° 1057, al modificar el concepto y naturaleza jurídica del Contrato Administrativo de Servicios, agregó que al trabajador sujeto al contrato administrativo de



servicios, le es aplicable la ley N° 28175, la Ley Marco del Empleo Público N° 25815, el Código de Ética la Función Pública, Ley del Servicio Civil, los toques de ingresos mensuales, responsabilidad administrativa funcional, principios, deberes obligaciones, incompatibilidades, prohibiciones, infracciones y sanciones aplicables al servicio, función o cargo para el que fue contratado; y se sujeta a las estipulaciones del contrato y normas internas de la entidad empleadora.

## **RÉGIMEN LABORAL ESPECIAL, DISCRIMINATORIO Y MARGINAL**

### **Régimen laboral especial**

Conforme a las características y regulación, el contrato administrativo de servicios -más conocido como “CAS” aunque algunos lo denominan “RECAS” en referencia a Régimen de Contratación Administrativa de Servicios-, constituye un contrato de trabajo de un régimen laboral especial, a plazo fijo, estrictamente formal y exclusivo del sector público.

Empero ello no es todo, pues este tipo de contratación especial y su implementación no encuentra justificación legal ni práctica, ha provocado muchas situaciones de injusticia, trato desigual y discriminación, considerando que no solo es un tema de aplicación legal, sino de afectación de derechos constitucionales, vulneración de principios y derechos fundamentales, lo que ha motivado esta investigación.

### **Innecesaria incorporación de un régimen especial**

Resulta irregular que en el sector público existan trabajadores de más de un régimen laboral, pues el único régimen laboral legal propio del sector público regulado en el Decreto Legislativo N° 276 en concordancia con el artículo 40 de la Constitución Política referido al ingreso a la carrera pública (la norma constitucional solo excluye de la carrera a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta).

El decreto legislativo N° 276 como lo hemos precisado anteriormente, es el régimen legal exclusivo para los trabajadores del Estado, norma denominada Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; norma sui generis destinada a regular el ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, entendiendo por servidores públicos a los carrera y a los contratados temporalmente.

El decreto legislativo N° 728 regula el régimen propio del sector privado, destinado exclusivamente para el sector privado, para las empresas y empleadores particulares. La incorporación de esta norma para ser aplicada a un grupo de trabajadores que tienen por empleador al Estado no es regular, y se ha debido a decisiones políticas del momento mas no ha consideraciones como criterios técnicos. Por lo que auténticamente la única norma laboral estrictamente prevista para los trabajadores que realizan labores en el sector público y que tienen como único empleador el Estado, es el Decreto Legislativo N° 276.

Por lo que la creación e inclusión de un tercer régimen laboral en el sector público lejos de solucionar el problema creado con la incorporación de una norma de naturaleza laboral privativa, lo complica más, con el perjuicio para los trabajadores que laboran en el sector estatal en diferentes regimenes laborales que no tienen relación con las calificaciones laborales, ni tareas ni niveles; régimen que contradicen a la norma constitucional antes citada.

### **Régimen discriminatorio y marginal**

El 10 de agosto del año 1970 el Estado Peruano ratificó el Convenio N° 111 sobre discriminación (empleo y ocupación), 1958 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT. El convenio tenia como consideraciones que todos los seres humanos sin distinción de raza, credo o sexo, tiene derecho a perseguir su bienestar material y desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, seguridad económica e igualdad de oportunidades; considera que la discriminación constituye una violación de los derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos

Humanos.

En el artículo 1.b del Convenio N° 111 precisa, que se entiende por discriminación “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación (...)”. Cabe resaltar que de conformidad al artículo 2 del convenio, todo Estado miembro “se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”. Asimismo el artículo 3.b establece la obligación de los Estados Miembro de promulgar leyes que por su índole puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política; y en el artículo 3.c de derogar las disposiciones legislativas y modificar las disposiciones prácticas administrativas que sean incompatibles con dicha política.

El Convenio número 122 de la OIT Sobre Política de Empleo adoptado el 9 de julio de 1964 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su cuadragésima octava reunión, proclama que “de acuerdo con la Declaración de Filadelfia incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar los efectos de las políticas económicas y financieras sobre la política del empleo, teniendo en cuenta el objetivo fundamental de que “ todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. Considera que la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”.

Condiciones de equidad, dignidad, bienestar que no se cumple con el decreto legislativo N° 1057, norma que fomenta la desigualdad, discriminación y arbitrariedad; constituyendo una norma inconstitucional por infracción a los derechos fundamentales de las personas humanas que trabajan bajo ese régimen, al derecho a la igualdad y no discriminación, a la

protección contra la arbitrariedad.

El Estado Peruano ha promulgado una norma creando un régimen especial de contratación laboral que no respeta los derechos fundamentales ni los parámetros de no discriminación laboral del empleado CAS.

El diferente tratamiento legal, la desigualdad en los derechos, beneficios sociales y en la protección contra el despido arbitrario, no son otra cosa que discriminación, como lo tiene señalado la Organización Internacional del Trabajo, al definir en que consiste la discriminación en el empleo y la ocupación: “La discriminación en el empleo y la ocupación ocurre cuando un candidato recibe un trato diferente, o menos favorable, debido a características no relacionadas con sus méritos o los requisitos inherentes al puesto”, señala este organismo internacional que la discriminación puede ocurrir en diversas situaciones y áreas relacionadas al trabajo, entre otras, en el acceso al empleos, así como puede producirse respecto de los términos y condiciones del empleo, como contratación, remuneración, horario de trabajo, descanso, vacaciones pagadas, terminación de la relación laboral<sup>57</sup>. Supuestos de discriminación en que se enmarca el contrato administrativo de servicios.

La discriminación laboral es una de las forma mas graves de afectación de los derechos fundamentales de la persona humana, señala la OIT: “Quienes padecen la discriminación en el trabajo se ven privados de oportunidades y sufren la violación de sus derechos fundamentales. Ello afecta a la persona en cuestión, además incide negativamente sobre la aportación que podría hacer a la sociedad”. El centro de trabajo es uno de los ambientes en que las personas pasan y dedican mayor tiempo en relación con sus otras actividades, se convive y comparte experiencias con otras personas, se aprende conocimientos y viven experiencias, señalando con acierto la OIT que “El lugar de trabajo es un punto estratégico para liberar a la sociedad de las discriminación. Combatirla en ese entorno permite reducir las desventajas resultantes de la desigualdad que puede haber afectado a las personas en una etapa anterior de su vida”.

---

<sup>57</sup> Interpretación de la OIT del artículo 6to. De los Diez Principios del Pacto Mundial.

## **Diferente tratamiento legal del trabajador CAS**

Un trabajador del régimen CAS está sometido a todas las obligaciones, deberes, responsabilidades, prohibiciones, incompatibilidades, infracciones y sanciones que un trabajador del régimen 728 o del régimen 276; incluso teniendo el mismo cargo, las mismas funciones, realizando el mismo horario de trabajo, no reciben igual remuneración ni los mismos beneficios laborales.

Cierto, que nuestro ordenamiento jurídico admite diferentes regimenes laborales, y que en el sector público coexisten mas de un régimen laboral, pero como se tiene señalado, ello es irregular; por otro aspecto en este tema laboral debe propiciarse la unificación y no a la mayor diferenciación que provoca la creación de un régimen adicional y con tratamiento desigual; el objetivo debe mas bien encaminarse a buscar un trato igualitario no mayores diferencias y discriminaciones.

Al emitir el Decreto Legislativo N° 1057 no se ha tenido presente “Los diez Principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas” que contiene principios laborales que alcanzan no solo a las empresas sino a los Estados cuando actúan como empleadores, prescribiendo el principio sexto la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. El Pacto fue elaborado por representantes de los gobiernos, empleadores y trabajadores, constituyendo en la historia del Derecho al Trabajo y en las conquistas laborales “el instrumento mas exhaustivo para la promoción de la dimensión laboral”, no solo incluye el rechazo a la discriminación, también se dirige a políticas generales, promoción y seguridad del empleo, igualdad de oportunidades y de trato, salarios, y relaciones laborales.

## **Desigualdad en los derechos reconocidos**

Debemos partir del derecho fundamental a la igualdad, teniendo establecido la Constitución Política de 1993 en el inciso 2 del artículo segundo que “Toda persona tiene derecho (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

El derecho a la igualdad también se proyecta al ámbito laboral conforme al inciso primero del artículo 26 de la Constitución que establece en la relación laboral el respeto al principio de “Igualdad de oportunidades sin discriminación”.

No obstante, los trabajadores sometidos al contrato administrativo de servicios no gozan de los mismos derechos que los trabajadores del régimen del Decreto Legislativo N° 276, ni de aquellos que se encuentran en el régimen del Decreto Legislativo N° 728, y no es un tema que se trate solo de regímenes legales laborales diferentes que conviven dentro del sector público, sino de diferenciaciones en el disfrute y protección de derechos fundamentales y laborales en perjuicio de los que están en el régimen CAS.

Aún con las modificaciones incorporadas a raíz de la STC N° 00002-2010-AI-TC, y que han sido materializadas con el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, el tratamiento del personal CAS es desigual, discriminatorio y marginal.

Este sistema contractual laboral bajo el pretexto que es un régimen especial sometido a reglas especiales, en principio negó muchos derechos laborales a los trabajadores, pero que debido a la demanda de inconstitucionalidad y la sentencia del Tribunal Constitucional, se tuvo que incorporar modificaciones a la ley para reconocer que era un contrato laboral, reconocer el derecho a la sindicalización, derecho a huelga; el permiso por lactancia materna, la licencia por paternidad; derechos laborales previstos en normas legales específicas de las que eran excluidos los trabajadores con contrato administrativo de servicios.

Empero aun subsisten discriminación en el reconocimiento y disfrute de otros derechos que gozan de protección en normas laborales y constitucionales; como sucede con los derechos de naturaleza laboral que desarrollamos a continuación.

**Estabilidad laboral.-** Un trabajador CAS puede laborar por años para una institución pública al igual que otros trabajadores a plazo fijo, pero este nunca adquirirá la estabilidad laboral ni accederá a un régimen a plazo

indeterminado.

En el caso del contratado a plazo fijo del régimen 276, a los tres años tiene derecho a ser evaluado para pasar a la carrera administrativa y como tal a plazo indeterminado. Teniendo señalado el artículo 15 que “La contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente no puede renovarse por más de tres años consecutivos. Vencido este plazo, el servidor que haya venido desempeñando tales labores podrá ingresar a la Carrera Administrativa, previa evaluación favorable y siempre que exista la plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos<sup>58</sup>”.

El Decreto Supremo N° 005-90-PCM, tenía previsto en el artículo 40.- El servidor contratado a que se refiere el artículo puede ser incorporado a la Carrera Administrativa mediante nombramiento, por el primer nivel del grupo ocupacional para el cual concursó, en caso de existir plaza vacante y de contar con evaluación favorable sobre su desempeño laboral, después del primer año de servicios ininterrumpidos.

Normas que brindan estabilidad laboral al servidor público contratado, para ser incorporado a la carrera pública, en consonancia con el principio de continuidad en la relación laboral.

El contratado a plazo fijo del régimen 728 le basta laborar un solo día sin contrato (cuyo plazo supera el periodo de prueba), para que este se desnaturalice y el trabajador pase a plazo indeterminado; pues como se tiene dicho, este régimen también tiene por regla general la contratación a plazo indeterminado, adoptando el principio de continuidad antes referido. Las excepciones constituidas por la contratación a plazo fijo y modales, son

---

<sup>58</sup> El Decreto Supremo N° 005-90-PCM, establece en el artículo 40.- El servidor contratado a que se refiere el artículo puede ser incorporado a la Carrera Administrativa mediante nombramiento, por el primer nivel del grupo ocupacional para el cual concursó, en caso de existir plaza vacante y de contar con evaluación favorable sobre su desempeño laboral, después del primer año de servicios ininterrumpidos.

estrictamente formales, por lo que la falta de contrato conlleva a la incorporación del trabajador a la regla general preservando el tracto sucesivo en la prestación del servicio.

Los procesos judiciales dan cuenta de la situación actual de los trabajadores que pasaron del contrato de locación de servicios al CAS, que pese a los varios años de servicios, no gozan de estabilidad laboral.

En la STC N° 03818-2009-PA/TC de fecha 12 de octubre del 2010, en la demanda formulada por un trabajador de COFOPRI solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario, habiendo laborado bajo contratos de locación de servicios, pero realizando labores de carácter permanente, bajo subordinación y dependencia, con más de nueve años de servicios para la entidad administrativa; el Tribunal Constitucional se sustentó en la STC N° 00002-2010-AI/TC para declarar infundada la demanda, señalando que el CAS es un contrato de trabajo de reglas especiales, a plazo determinado, que el régimen encuentra una protección adecuada contra el despido arbitrario con el pago de una penalidad equivalente de dos remuneraciones como máximo; el Tribunal no les reconoce derecho a la reposición vía amparo brindándole un tratamiento diferente a la del trabajador contratado a plazo fijo en el régimen 728 cuyas demandas son protegidas en la vía constitucional del amparo.

El Tribunal indica que al haber suscrito el trabajador un contrato CAS se produjo una novación (fundamento sexto) por lo que las contrataciones anteriores solo le dan derecho al reconocimiento de beneficios sociales, mas no a la reposición laboral; quedando el demandante desamparado ante el despido arbitrario.

En otro caso STC N° 00604-2011-AA de una trabajadora de la Secretaria Nacional de Adopciones – Ministerio de la Mujer, que estuvo contratada por locación de servicios y posteriormente por contratos administrativos de servicios, el Tribunal también declaró infundada la demanda, siendo más directo al “señalar que con los contratos administrativos de servicios (...), queda demostrado que la demandante ha mantenido una relación laboral a



plazo determinado, que culminó al vencer el plazo establecido en su último contrato administrativo de servicios. Por lo tanto, habiéndose cumplido el plazo de duración del referido contrato, la extinción de la relación laboral de la demandante se produjo en forma automática, conforme lo señala el literal h) del numeral 13.1 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. Siendo ello así, la extinción de la relación laboral de la demandante no afecta derecho constitucional alguno, por lo que no cabe estimar la demanda” (fundamento cuarto). El voto singular expresa que las limitaciones o intervenciones en determinados derechos laborales por parte del CAS resultan justificadas por las razones expresadas en la STC N° 00002-21010-PI/TC, que “ello sólo resulta legítimo en el contexto actual de tránsito hacia mejores condiciones laborales, pero si dichos límites se mantienen indefinidamente resulta claro que se estarían convirtiendo en discriminatorias”.

En uno y otro caso discrepamos que se pueda admitir una situación de evidente y manifiesta discriminación, y mas aún existiendo la obligación de optimización de los derechos fundamentales laborales, no se debió permitir una norma que signifique un retroceso en la protección de los derechos laborales -como es el derecho a la estabilidad laboral- en comparación a los regimenes validos y legales que coexistían en el sector publico, vale decir el 276 y el 728, el otro tipo de contratación, como lo ha admitido el Tribunal, era un fraude a la ley, y no se puede comparar ni establecer progresividad en relación con un fraude a la ley.

**Desprotección contra el despido.-** El trabajador contratado a plazo fijo del sector público tiene sus propias normas que pese a no ser de la carrera pública, lo protegen contra el despido arbitrario; como es el caso del Decreto Ley N° 24041, norma que establece en forma imperativa: “Artículo 1.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley”; es manifiesto que el trabajador contratado para laborar en el sector público que tenga mas de un año de servicios, no puede ser despedido por decisión

unilateral del funcionario público a cargo; independientemente del régimen laboral, la norma exige para el cese causas justificadas y sujeción al procedimiento previsto en la ley.

Norma de cuya protección gozan indistintamente el personal del régimen 728 y 276, a diferencia del personal CAS en cuyo régimen legal del Decreto Legislativo 1057 se permite el despido injustificado –señala la norma: por decisión unilateral y sin mediar causa justificada-, con el cual se da término a la relación laboral sin que el trabajador goce de la protección de la ley, y aún en contravención a la norma constitucional –artículo 27 ordena que la ley debe otorgar al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario-.

El trabajador CAS ha sido excluido de esas consideraciones y protección contra el despido, al someterlo a reglas especiales que no le conceden protección contra el despido unilateral y arbitrario; el empleador (entidad contratante) formalmente solo podría despedir al trabajador CAS por causa justificada sustentada en el incumplimiento de las obligaciones –artículo 13.1.f-, también señala la norma que debería notificarle el incumplimiento en un término previo de cinco días para su descargo, sin embargo se permite que el trabajador sea despedido aún sin cumplir el procedimiento previo y aún no mediará incumplimiento del trabajador.

Luis Castillo Córdova señala que el contenido esencial del derecho al trabajo tiene un componente doble, por un lado el derecho de acceso y por otro el derecho de permanencia asegurando el mantenimiento del empleo de los que ya lo posean<sup>59</sup>; indica el autor que para determinar el contenido jurídico del derecho al trabajo, se debe tomar en consideración la norma constitucional –artículo 27- que establece “la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario”, y la segunda norma constitucional en la Cuarta Disposición Final y Transitoria que ordena que las normas relativas a derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por

---

<sup>59</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis, op. Cit. Pagina 219.

el Perú; siendo uno de los tratados el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que reconoce la estabilidad de los trabajadores en sus empleos de acuerdo con las características de las industrias, profesión y causa justa de separación, que en caso de despido injustificado el trabajador tendrá derecho a una indemnización o readmisión en el empleo<sup>60</sup>.

El caso del decreto legislativo materia de análisis, no cumple con la protección y reconocimiento del derecho a la estabilidad de los trabajadores en sus puestos de trabajos; tampoco brinda una adecuada protección al trabajador frente al despido arbitrario o injustificado; la norma establece en caso de despido unilateral e injustificado el derecho del trabajador al pago de la penalidad de dos meses de remuneración en el supuesto de que el plazo del contrato sea por plazo mayor –artículo 13.2 y 13.3 del Reglamento del CAS-. Ese pago de penalidad no tiene en realidad carácter indemnizatorio, sino que al igual de los contratos de locación de servicios, es el pago de las remuneraciones que el prestador del servicio deja de percibir ante la interrupción unilateral del contrato, teniendo mayor ventaja en la locación de servicios pues este recibirá el abono de todas las remuneraciones pendientes de acuerdo a la fecha de vencimiento del contrato, mientras que el trabajador CAS solo tiene derecho al pago de un máximo de dos remuneraciones sin importar que el plazo aun no cumplido sea por tiempo mayor. Tratándose de la ejecución de una penalidad contractual por incumplimiento del contrato, mas no tiene carácter ni naturaleza indemnizatoria. En el caso que no hubiere pendiente plazo mayor, sino únicamente vencimiento del plazo, el personal CAS no recibe ningún pago ni indemnización por el despido.

Por lo que el personal de este régimen no cuenta con una adecuada protección cuando se vulnera el contenido esencial del derecho al trabajo en su dimensión prestacional de permanencia del trabajador.

Cabe traer a colación, que el Tribunal Constitucional ampara de mejor forma el derecho a la permanencia, continuidad, estabilidad del trabajador del

---

<sup>60</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis, op. Cit. Pagina 220.

régimen privado 728, a quien le reconoce la protección contra el despido arbitrario en la vía de proceso de amparo dejándole al arbitrio de éste, si cobra la indemnización o reclama la reposición laboral; yendo mas allá de la protección prevista en la ley, y del mínimo exigido en los tratados internacionales. Circunstancia anotada también por Castillo Córdova cuando desarrolla el derecho fundamental al trabajo, y por Jorge Toyama en su libro “Derechos laborales ante Empleadores Ideológicos<sup>61</sup>”, quienes cuestionan la postura del Supremo Interprete Constitucional en relación al artículo 27 con los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional de la Convención Americana, que delegan la posibilidad a cada país para regular la protección legal contra el despido arbitrario, y que el legislador nacional habría optado por la indemnización a favor del trabajador despedido; que pese a ello el Tribunal Constitucional ha brindado un contenido único al despido incausado con la reposición al centro de trabajo.

Contenido que ahora desconoce en el caso del empleado público del régimen del CAS, no lo protege contra el despido arbitrario, quien no goza de ninguna de las medidas de protección –indemnización o reposición-, y mas aún contractualmente frente a la locacion de servicios la desventaja es mayor porque tampoco tendrá el derecho al abono de todas las remuneraciones comprometidas y dejadas de percibir.

### **Desprotección contra la arbitrariedad**

La falta de protección contra el despido arbitrario nos lleva a un tema de permisión de la arbitrariedad y abuso del poder que se encuentra proscrito en todas sus formas, modos y expresiones en un Estado de Democrático y Derecho Constitucional.

En ninguna forma se admite la arbitrariedad de conformidad a nuestro Estado Constitucional, sin embargo ello resulta lírico cuando se legisla por razones e intereses diferentes a la protección de los derechos de las personas humanas y en este caso del trabajador.

---

<sup>61</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derechos Laborales antes Empleadotes Ideológicos, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009. Pagina 89.

Positivizar el despido arbitrario, facultando al empleador –funcionario, a despedir sin causa justificada, sin procedimiento previo y sin razones, es admitir y legalizar la arbitrariedad. Como está sucediendo en muchas entidades del Estado, en que el funcionario de turno aprovecha de esta vía legal para despedir al personal que le incomoda, otras veces por motivos subjetivos o simplemente liberar plazas para ingresar simpatizantes o aliados de su gestión política; con el agravio a los servidores públicos que de la noche a la mañana se quedan sin trabajo perdiendo la fuente de su remuneración que le sirve a su subsistencia personal y familiar, y frustra su realización personal y bienestar; se afecta su derecho a la dignidad.

Luz Pacheco Zerga expresa que en la extensión del respeto de la dignidad humana a todas las ramas del ordenamiento jurídico, el Derecho al trabajo no se ha quedado al margen, expresa que “El ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral, manifestación indispensable del respeto a su dignidad, es hoy en día una cuestión central en el Derecho del Trabajo<sup>62</sup>”. Como indica la autora y lo reconoce la Sociología “el Derecho esencialmente es una forma de coexistencia entre los seres humanos que sustituye la violencia por el mutuo reconocimiento. Este reconocimiento del otro como un igual es fundamental en el ámbito jurídico, que adquiere su principal expresión en el deber de actuar de buena fe (...) y en el principio de no discriminación”, expresa la autora que “La ejecución de cualquier contrato y en particular el de contrato de trabajo, exige una actitud de diálogo, de armonización de intereses, que solo será viable en la medida en que se actué con veracidad y lealtad, respetando al otro como su fuera otro yo<sup>63</sup>”.

**Remuneraciones.-** El artículo séptimo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajos equitativos y satisfactorios que le aseguren en

---

<sup>62</sup> Pacheco Zerga, Luz. La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo, Thomson, Civitas, Primera Edición 2007, España Pagina 30.

<sup>63</sup> Pacheco Zerga, Luz. Op. Cit. Pagina 54.

especial un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie.

Este principio laboral y derecho reconocido en el Pacto Internacional, no se cumple con el personal CAS que realiza la misma labor, las mismas funciones, cumple el mismo horario, esta sometido a las mismas exigencias y responsabilidades que el personal 276 y 728, sin embargo no percibe la misma remuneración, siendo considerado como un personal de segunda categoría.

Las diferencias remunerativas de los trabajadores no obedecen a criterios objetivos, y solo responden a las regulaciones normativas dependiendo del tipo de régimen, al que ahora ha sido agregado el CAS con menos derechos, ocasionando que en la práctica el personal realice igual labor pero diferente remuneración. Reiteramos que no puede encontrarse justificación para un tratamiento diferente en la pre existencia irregular aplicación del sistema laboral privativo al sector público, cuando ello no obedeció a consideraciones técnicas en armonía con derechos y principios laborales y administrativos, sino a cuestiones políticas y necesidades del momento.

La diferencia remunerativa también constituye una discriminación y provoca tensiones laborales y sociales, como explica la OIT en referencia a la empresa pero aplicable a las entidades administrativas empleadoras: “Una empresa que aplica prácticas discriminatoras en el empleo y la ocupación está privándose del talento implícito en un conjunto mas amplio de calificaciones y competencias. El dolor y el resentimiento generados por la discriminación afectan el desempeño de individuos y equipos en la empresa”, agrega que las prácticas discriminatorias provocan la pérdida de oportunidades, la competitividad de la economía nacional y mundial.

### **Anotaciones sobre el CAS**

Ciertamente que se trata en propiedad de un contrato de trabajo regulado para ser aplicado a las entidades del sector público, sin embargo discrepamos que la ley y el reglamento que lo regula sea compatible con el

marco constitucional, pues aún con las modificaciones que luego se introdujeron a la ley, por Decreto Supremo N° 065-2011-TR con la finalidad de reconocer otros derechos laborales, sin embargo subsisten diferencias, discriminación y el problema de inconstitucionalidad de la norma.

Como ya lo hemos mencionado, si se incorpora un nuevo régimen laboral en el sector público donde ya conviven dos regimenes diferentes como el 276 y el 728, debe buscarse que el nuevo régimen sea mas favorable, y no al contrario como ha sucedido.

La ley en cuestión contraviene el principio de dignidad, al establecer un tratamiento discriminatorio y marginal, no cumple con el deber del Estado de mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo previsto en el artículo 7° de la Convenio 169 de la OIT, las que deben ser prioritarias en los planes de desarrollo económico global del Estado Peruano, y aun frente al Tratado de Libre Comercio y mejoramiento de la gestión pública.

En el Perú tampoco ha cumplido lo previsto en el artículo 20 del citado Convenio, de adoptar en la legislación nacional medidas especiales para garantizar a los trabajadores una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo “en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general”; asimismo se incumple el principio de remuneración igual por trabajo de igual valor.

## **CAPITULO VI**

### **Análisis y crítica de los fundamentos de la Sentencia del Tribunal Constitucional**

Con fecha 7 de setiembre del 2010 en el Expediente N° 0002-2010-AI/TC el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional emite la sentencia que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por mas de 5,000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057.

En el presente año con fecha 18 de abril del 2011 el Tribunal Constitucional ha emitido una segunda sentencia en el Expediente N° 00010-2011-PI/TC declarando improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por mas de 7,393 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057, también declaró infundada la demanda respecto de la Ley 29157 y Decretos legislativos N° 1023, 10124, 1025 y 1026.

La segunda sentencia se remite a los fundamentos de la primera con la novedad del voto singular que merece comentario aparte<sup>64</sup>, por lo que en este capítulo analizaremos la primera sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057, la que ha marcado un cambio en la interpretación, regulación y derechos del Contrato Administrativo de Servicios, sin embargo no podemos afirmar que este cambio sea satisfactorio, cuando persiste la situación de inconstitucionalidad de la norma.

---

<sup>64</sup> El voto singular señala en el fundamento 15° que el costo económico “sin embargo, pudiera pensarse un motivo injustificado de limitación de derechos”. Considera que los derechos sociales como el derecho de los trabajadores del sector estatal se hallan sujetos a la capacidad presupuestal para atender las necesidades, pero que este costo no es un límite absoluto, al estar obligado el Estado a adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que se disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, conforme al art. 2.1 PIDESC.



Los sustentos primordiales de la demanda de inconstitucionalidad residen en que el Decreto Legislativo N° 1057 vulnera los artículos de la Constitución: 2.2 derecho de igualdad ante la ley; 104 delegación de facultades; 25 jornada ordinaria de trabajo; 23 tercer y cuarto párrafo, el Estado y el Trabajo; 24 derechos laborales del trabajador; 26.1 principio de igualdad de oportunidades sin discriminación; 27 protección del trabajador frente al despido arbitrario; 42 derecho de sindicación de los trabajadores públicos, y 103 cuarto párrafo prohibición de abuso del derecho.

La demanda de inconstitucionalidad fue declarada infundada, pese a que el Tribunal reconoció que se encontraba ante una relación de trabajo y que la norma legal omitía derechos laborales protegidos por normas constitucionales.

### **INCONSTITUCIONALIDAD FORMAL DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1057**

El Tribunal Constitucional considera que la norma legal se ha expedido dentro de las facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo por Ley N° 29157 de fecha 20 de diciembre del 2007 para legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial del Perú - Estados Unidos, esto es el Tratado de Libre Comercio.

Señala el Tribunal que dentro del compromiso del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y de su protocolo de enmienda se prevé las medidas necesarias para mejorar la competitividad económica para su aprovechamiento; y la facultad legislativa delegada comprende las materias vinculadas a la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa y modernización del Estado.

Considera que esta última norma hace referencia genérica a la modernización del Estado, siendo una materia mas amplia, lo que esta referida a aspectos de gestión, que abarca conceptos como falta de transparencia, exceso de trámites burocráticos, desorganización existente

dentro de las instituciones públicas para el cumplimiento de fines y metas, etc. (fundamento 5 y 6).

Por lo que atiende que un componente importante para la modernización resulta el funcionamiento del aparato burocrático del Estado, donde coexistían dos regímenes laborales de naturaleza pública y privada, agregada la facultad del Estado de suscribir contratos de naturaleza civil – contratos de servicios no personales-, en que el contratado carecía de cualquier derecho laboral a pesar de realizar labores de naturaleza permanente que llevaba a la desnaturalización del contrato. Considera que delegación no debe tenerse en sentido limitado, y que el Estado se ha comprometido a proteger, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores, fortalecer su cooperación en materia laboral y desarrollar sus respectivos compromisos internacionales en materia laboral; siendo esos sus fundamentos para considerar que no existe inconstitucionalidad formal del contrato administrativo de servicios.

Anecdóticamente en la parte final del fundamento noveno incurre en error material al consignar que el decreto legislativo N° 1070 esta dentro del marco de la legislación delegada, siendo la norma materia de análisis el Decreto Legislativo N° 1057.

Luz Pacheco Zerga<sup>65</sup> señala que ya hace mucho tiempo que la doctrina ha manifestado que los límites del empleador quien quiera que fuera –público o privado-, en su poder de dirección es la consideración debida a la dignidad del trabajador; indica la autora que las acciones y funciones frente al trabajador no pueden ser tomadas como si fuera una pieza del proceso de producción, pudiendo afirmar nosotros que tampoco es una pieza, recurso o elemento del proceso de gestión ni modernización del Estado.

El trabajador es un ser humano, libre con fines propios, con derecho a reconocimiento, con derechos fundamentales; por lo que toda decisión del Estado frente al trabajador debe ser tomada cuidando de no lesionar los derechos de la persona, aun por loable y justificada que sea la necesidad de

---

<sup>65</sup> Pacheco Zerga, Luz, pagina 71.

ordenar el aparato estatal, modernizar y lograr su funcionabilidad.

Expresa José Saramago: “Ninguna empresa del mundo puede estar por encima de las personas que trabajan en ella. Es utópico, es idealista, pero es la única manera humana de ver las cosas. La gente no puede ser tratada como los residuos de fabricación y tirada fuera como ellos<sup>66</sup>”

## **NATURALEZA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS**

La sentencia en el fundamento 18º indica que en el decreto legislativo se encuentran disposiciones que hacen dudar que sea un contrato administrativo, mas allá que se le hubiere dado esa denominación; pues se trata de una ley que regula la prestación de servicios, garantiza los principios de mérito, capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo en la administración pública; fija como parte del contrato administrativo la prestación de servicios a la semana por un máximo de cuarenta ocho horas, veinticuatro horas continuas de descanso por semana, quince días calendario continuos de descanso al año cumplido; afiliación al régimen contributivo de Essalud.

Concluyendo en el fundamento 19º “que el contrato regulado en la norma impugnada tiene las características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo”, añade que la denominación brindada por el legislador a la norma cuestionada resulta imprecisa “dado que le pretende conferir un significado distinto al contenido que regula”.

Empero, en el fundamento 31º concluye luego de analizar la existencias de otros regímenes laborales y el acceso a la carrera pública, que este contrato se regula por sus propias reglas de contratación “por lo que se le puede considerar como un sistema de contratación laboral independiente”.

---

<sup>66</sup> SARAMANGO, Jose. Premio Nobel de Literatura 1998. En “José Saramago en sus palabras”, Alfaguara, 2010.

## **INCONSTITUCIONALIDAD MATERIAL DEL DEC. LEGISLATIVO N° 1057**

Derecho de Igualdad y derechos laborales.- El Tribunal Constitucional señala que no es posible realizar un análisis bajo los presupuestos del principio – derecho de igualdad, dado que no se encuentran frente a regímenes o sistemas laborales que tengan la misma naturaleza o características, indica “pues el acceso a ellos, es de diferente naturaleza – como se ha sido advertido precedentemente, lo que justifica un trato diferenciado, no siendo por ello necesario, para criterio de este Colegiado, que se aplique el test de igualdad”. Fundamento 33°.

Sin embargo no se ha tomado en consideración que el régimen de contratación administrativa de servicios - CAS establece un tratamiento legal diferenciando y discriminador de los trabajadores en el ámbito del sector público, en relación justamente de los regímenes de los decretos legislativos 276 y 728 que se aplican en este sector, frente a los cuales el trabajador CAS no goza de derecho a estabilidad, no tiene protección frente al despido arbitrario e injustificado; esta sometido a otra jornada laboral, tiene derecho a 15 días de vacaciones respecto de los demás que gozan de 30 días al año, tiene derecho solo a 24 horas de descanso semanal frente al descanso del sector público del fin de semana; no tiene derecho a la compensación por tiempo de servicios que se reconoce en los otros dos regímenes laborales, afectando su derecho a la igualdad.

La norma ha ocasionado que en la misma entidad estatal coexistan no solo diferentes regímenes laborales, sino que en realidad existan trabajadores con iguales funciones, iguales responsabilidades, igual trabajo, y diferente remuneración, diferentes derechos laborales, como los indicados; por lo que el Decreto Legislativo vulnera el derecho a la igualdad, derecho a la misma jornada laboral, e iguales derechos laborales, protegidos en los artículos 2.2, de la Constitución Política. 25 jornada ordinaria de trabajo; 23 tercer y cuarto párrafo, el Estado y el Trabajo; 24 derechos laborales del trabajador; 26.1 principio de igualdad de oportunidades sin discriminación; 27 protección del trabajador frente al despido arbitrario;

## **Derecho de sindicación y huelga de los trabajadores públicos**

La norma impugnada trasgredía los derechos constitucionales de sindicación y huelga -protegidos en el artículo 28 de la Constitución-, lo que es anotado por el Tribunal no como una violación constitucional, sino como una “omisión constitucional”: “Donde se advierte que existe una evidente omisión constitucional es en la regulación de los derechos de sindicación y huelga, omisión que debe ser subsanada por la autoridad administrativa”. (fundamento 42). Disponiendo que se dicte la regulación necesaria para la protección de los indicados derechos fundamentales de naturaleza laboral” que reconoce la Constitución a favor de los trabajadores en cualquier régimen laboral, incluidos los que ahora forman parte del sistema de contratación laboral” (fundamento 43).

El tema de “omisión inconstitucional” no nos queda claro, ni tampoco el tribunal se esforzó por explicarlo, así como tampoco indica porque ello no constituye en realidad una “violación constitucional”, entendemos que de admitirlo así no cabría otro resultado que la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057.

## **Comparación con el contrato de locación de servicios**

Discrepamos que una relación jurídica de naturaleza laboral independientemente del nombre que se le ponga –como el denominado Contrato Administrativo de Servicios-, tenga que sufrir comparación con un sistema de contratación civil, como la locación de servicios; pues este es estrictamente de naturaleza civil y para otros supuestos donde no se dan los elementos de la relación de trabajo. No admitimos que se exprese que el nuevo sistema de contratación laboral – CAS, sea mejor que la contratación civil, por cuanto no tienen vínculo de comparación como instituciones y contratos jurídicos; mas aun tampoco se puede comparar un contrato supuestamente legal con “fraudes a la ley”, pues la utilización de la locación de servicios para encubrir relaciones laborales constituyen fraudes al ordenamiento jurídico.

En el fundamento 37° señalan que al pasar de un contrato independiente a otro en el que existe subordinación, y de uno que no reconoce derechos constitucionales de naturaleza laboral a otro que reconoce algunos de ellos “se advierte que hay una mejora o progresión en la protección de los derechos de naturaleza social”. No podemos decir que hay progresión en comparación a actos fraudulentos no permitidos por el sistema legal ni constitucional, el uso de la locación de servicios para encubrir relaciones de trabajo es ilícito y no se le puede decir a un trabajador que en razón al fraude a la ley esta mejor pasando a un sistema CAS aunque este no proteja todos sus derechos laborales. Antes de la sentencia del Tribunal, los trabajadores contratados por locación de servicios tenían mejores posibilidades de lograr la protección de sus derechos constitucionales a través de los procesos judiciales, que la situación actual con el sistema CAS en que no tiene protección contra los actos arbitrarios de despido.

### **Limitación a un porcentaje máximo de trabajadores**

En el punto quinto de la sentencia cuyo titulo es “Necesidad de dictar una sentencia interpretativa”, contiene el fundamento 48° en el que consigna que con relación al decreto legislativo en cuestión, que corresponde al Ministerio de Trabajo y de Promoción del Empleo dicte la regulación necesaria para que complementando dicha legislación “adopte disposiciones tales como fijación de los límites para la contratación de personal bajo esta modalidad de modo que pueda hacerlo no solo fijando porcentajes respecto del total de trabajadores de este régimen, sino estableciendo criterios que considere razonables para tal efecto”.

Fundamento que no expresa las razones por las cuales se debe fijar límites en relación a una contratación supuestamente legítima y constitucional. Sin embargo en la parte resolutive de la sentencia otorga el plazo que no exceda del 31 de diciembre del 2010 para que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dicte la legislación necesaria respecto a los “límites de contratación CAS”.

### **Sentencia Interpretativa**

El Tribunal constitucional sustenta que no es posible que la norma impugnada sea aplicada tal como fue promulgada, por su naturaleza distinta de la denominación que el legislador ordinario le confirió, como por su aplicación; que considerada como una norma de naturaleza laboral, exige que sea interpretada y complementada con el contenido de la Constitución; razones por las que justifica dictar sentencia interpretativa que establezca el sentido correcto de las normas impugnadas. (fundamento 34).

Emitiendo interpretación del contrato administrativo de servicios como un contrato laboral, señalando que a partir de dicha sentencia el artículo 1º del Decreto Legislativo N° 1057 debe ser interpretado de modo que toda actividad interpretativa hecha respecto del denominado “contrato administrativo de servicios” deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el marco constitucional” (fundamento 47).

No pasa por alto que este era un proceso de inconstitucionalidad, sin embargo el Tribunal prefirió emitir una sentencia interpretativa, justificando ello en que “el Tribunal debe actuar responsablemente al advertir que si se declarase la inconstitucionalidad de la Ley impugnada, se generaría un vacío normativo, que importaría dejar sin derechos laborales a quienes han sido contratados bajo su marco regulatorio, situación que sería manifiestamente inconstitucional” (fundamento 46).

La declaración de inconstitucionalidad de la ley si bien dejaría sin efecto las contrataciones administrativas de servicios, no es exacto que se perjudicarían los trabajadores, quienes mas bien hubieran sido beneficiados pues al quedar sin efecto la ley, ellos automáticamente pasaban al régimen del decreto Legislativo N° 728 a plazo indeterminado generando una gran cantidad de demandas contencioso administrativo laboral por desnaturalización de contrato que se habrían tenido que amparar, circunstancias en que el único perjudicado hubiera sido el Estado, y mas bien se hubiera protegido al trabajador.

El razonamiento del fundamento citado, nos hace recordar aquellas épocas del Estado Paternalista, o del poder controlado por intereses de algunos sectores, que hacían creer que lo que era correcto y bueno para ellos, lo era para todos los ciudadanos aunque en concreto estos últimos salieran perjudicados.

La sentencia del Tribunal constitucional no solo ha legitimado el sistema de contratación administrativa de servicios, declarando la constitucionalidad de una norma, aún antes de que se produjeran las modificaciones subsanando lo que llamaron como “**omisiones constitucionales**”, (la sentencia es de fecha 31 de agosto del 2010 y las subsanaciones se produjeron posteriormente en julio del 2011 por Decreto Supremo N° 65-2011-PCM); admitió lo que era evidente para todos, que en propiedad se trataba de un contrato de trabajo, y para nada era un contrato administrativo; y estableció que pueda existir un sector de trabajadores en el sector público con menos derechos que otros, y sin protección alguna contra actos de abuso y arbitrariedad como el despido arbitrario.

#### Proyectos de Derogación del Decreto Legislativo N° 1057

En lo que va del año 2011 se presentaron cinco proyectos en relación al Decreto Legislativo N° 1057, tres de ellos proponen la derogatoria de la norma, y dos proponen se dicte una ley reconociendo derechos laborales al personal CAS.

Con fecha primero de diciembre del año 2011 La Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, presentó su Dictamen recomendando la aprobación de los referidos proyectos de ley.

Destaca de la propuesta legislativa que la norma en cuestionamiento, crea desigualdad entre los trabajadores de la administración pública y hace más dispersa la legislación del empleo público. Coincidentemente con lo arribado en nuestro trabajo de investigación, señalan que no obstante la STC N° 00002-2010-AI/TC “todavía existirían algunos aspectos que colisionarían con los artículos 2° inciso 2, 23 y 26 de la Constitución”. Normas referidas al derecho a la igualdad, no discriminación, la protección



del trabajo en todas sus modalidades, no limitación del ejercicio de los derechos constitucionales, que no se puede desconocer ni rebajar la dignidad del trabajador, y que en toda relación de trabajo se debe respetar los tres principios, igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos constitucionales e interpretación favorable al trabajador en caso de duda sobre el sentido de una norma.

El Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, reafirma nuestra investigación sobre la inconstitucionalidad del CAS, y las deficiencias de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de declarar constitucional una norma pese a la flagrancia de vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores, lo que generó una situación en perjuicio de miles de trabajadores, que en junio del 2011 ascendía a 153,872 trabajadores (información de Población Asegurada registrada en la Oficina de Gestión de Riesgos de la Gerencia Central de Aseguramiento de Essalud), cabe notar el ascenso en las cifras, provocadas por el traslado masivo de los trabajadores del régimen 728 plazo fijo a este sistema injusto e inconstitucional de contratación laboral.

### **Reflexiones**

En el transcurso de la investigación se advirtió que existe una preocupación generalizada en los magistrados de especialidad laboral del Poder Judicial en razón de la sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional que declara constitucional una norma cuya inconstitucionalidad resulta evidente, además de violatoria de derechos concretos de una gran cantidad de trabajadores que acuden a las instancias judiciales pretendiendo se hagan efectivos sus derechos fundamentales.

La magistratura conoce del carácter vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional, pero también conoce que los jueces hacen efectivos los derechos sustanciales y protegen los derechos constitucionales, por lo que se plantean requerimientos de propuestas de modificación de las normas cuestionadas, que en algo pretendemos aportar con este trabajo de investigación.

Los derechos constitucionales son aquellas concretas expresiones de la dignidad, libertad e igualdad humanas dispuestas normativamente, que suponen un conjunto de facultades para su titular, y que vinculan positiva o negativamente al poder político a punto de legitimar su actuación<sup>67</sup>.

En razón de la positivización de los derechos fundamentales incorporándolos a los ordenamientos constitucionales como el caso del Perú, son considerados como cartas de triunfo, correspondiendo a todos los poderes públicos promover las condiciones para que los derechos a la igualdad, respeto de la dignidad del individuo sean efectivas y reales, de remover los obstáculos que impidan el disfrute a plenitud de los derechos y como indica el artículo 44 de la Constitución uno de los deberes esenciales del Estado es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos<sup>68</sup>. Se requiere el concierto de voluntades de todos los poderes públicos en asumir su labor esencial de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos como lo prescribe la norma constitucional citada.

---

<sup>67</sup> Como escribe Castillo Córdova Luis, en su Libro Elementos de una Teoría General de los Derechos Constitucionales. pag. 37.

<sup>68</sup> CASTILLO CORDOVA, Luis, Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales, Editorial Grijley, Perú 2008, página 16.

## CAPITULO VII

### ANALISIS DE ESTADISTICAS Y ENCUESTAS

#### ESTADISTICAS

1. En relación a los datos estadísticos a nivel nacional en el sector público, nos remitimos a la información obtenida por SERVIR – que corresponde a la institución de Servicio Civil, que tiene entre sus funciones el tema de la Contratación Administrativa de Servicios, actuando como Tribunal en algunos casos.

SERVIR, al referirse al contrato administrativo de servicios lo asume como “una problemática asociada al funcionamiento de las Contrataciones Administrativas de Servicios”<sup>69</sup>. Señalando que dentro del servicio civil peruano el CAS es el régimen laboral de contratación laboral mas utilizado, informando que cerca de un tercio de servidores públicos en el país esta contratado bajo este sistema, con los siguientes datos estadísticos actuales al año 2011:

- 1.1 En el Gobierno Nacional el 38% se encuentra en régimen CAS.
- 1.2 En el Gobierno Regional el 30% se encuentran en régimen CAS.
- 1.3 En el Gobierno Local el 22% se encuentra en régimen CAS.

Constituyendo un porcentaje significativo de trabajadores que laboran en el sector publico bajo el régimen de Contratación administrativa de servicios, con mayor porcentaje en el gobierno central.

También informan que el personal contratado bajo esta modalidad, realiza diferente tipos de labores en diferentes grupos ocupacionales de acuerdo a la siguiente información:

---

<sup>69</sup> En portal de SERVIR, <http://www.servir.gob.pe/index.php>

- Funcionarios y directivos 2%
- Profesionales 46%
- Técnicos 41%
- Auxiliares 11%

De lo que se puede extraer que la mayor cantidad de grupos ocupacionales contratados bajo este régimen afecta a los profesionales que laboran en entidades publicas con un significativo 46%. Indica Servir que las contrataciones bajo este régimen legal no siempre ha redundado en incorporaciones deficientes, sino que en muchas ocasiones se consiguió captar profesionales altamente competentes.

2 .En los datos estadísticos en el caso concreto de la Corte Superior de Justicia de Cañete al 30 de octubre del 2011 contaba con 265 personas laborando bajo relación de dependencia, entre los que se encuentran jueces, auxiliares jurisdiccionales y personal administrativos; conforme a la siguiente información:

- Magistrados (35): %
- Personal que realiza labores Jurisdiccionales (131)
- Personal que realiza labores administrativas (99)

Los magistrados y personal de la Corte se encuentran en tres regímenes laborales diferentes, correspondiendo a los jueces con exclusividad el régimen 276, en el caso del personal jurisdiccional y administrativo indistintamente laboran en régimen 728 a plazo indeterminado, 728 plazo fijo, y régimen 1057:

- Régimen 276 (35) : 13.20 %
- Régimen 728 Indet. (130) : 49.05 %
- Régimen 728 plazo fijo (35): 13.20 %
- Régimen 1057 (65) % : 24.52 %

En el año 2010 era mayor la cantidad de personas que laboraban en el régimen 728 a plazo fijo, mientras que el personal CAS se encontraba en aproximadamente el 10% del personal de la corte.

De los porcentajes se advierte que la mayor cantidad de personal se ubica en el régimen 728 plazo indeterminado, siguiendo en orden el régimen 1057, mientras que el personal 276 y 728 plazo fijo comparte el mismo porcentaje.

## ENCUESTAS

Se realizó encuestas dirigidas a magistrados y personal del Poder Judicial de la Corte de Cañete, y también de magistrados de otros Distritos Judiciales con la finalidad de obtener información de la percepción de los principales involucrados en la aplicación de este régimen laboral especial Decreto Legislativo N° 1057, y de los afectados con este tipo de contratación.

A. Se ha encuestado a 27 trabajadores de la Corte Superior de Cañete que representa aproximadamente el 10% del total del personal, que cuenta con un total de 265 personas, de ellas 35 son magistrados del régimen 276, 130 trabajadores 728 plazo indeterminado, 35 trabajadores 728 plazo fijo y 65 trabajadores en régimen CAS -1057.

**A la primera pregunta:** ¿En que área del Poder Judicial labora? Las respuestas fueron en el siguiente sentido:

- En área Jurisdiccional : 22
- En área administrativa : 5

**A la segunda pregunta:** ¿Cuántos años de servicio tiene prestado a la

administración pública?

- 15 respondieron tener entre uno a cinco años.
- 5 respondieron tener más de cinco a diez años.
- 7 respondieron tener más de diez años a 35 años.

**A la tercera pregunta:** ¿Bajo que régimen laboral presta sus servicios?

- 23 respondieron al régimen del Decreto Legislativo 728.
- 4 respondieron al régimen del Decreto legislativo 1057 –CAS

**A la cuarta pregunta:** ¿Cuáles son los beneficios laborales de los que goza?

- 4 del régimen CAS respondieron que solo gozan de vacaciones por 15 días, Essalud, jubilación.
- 21 del régimen 728 respondieron gozar de beneficios laborales.
- 2 del régimen 728 respondieron no gozar de ningún beneficio laboral.

**A la quinta pregunta:** ¿Se considera legalmente protegido en su trabajo por el régimen laboral del contrato administrativo de servicios?

- 13 respondieron que con el CAS no.
- 8 respondieron no encontrarse en ese régimen.
- 6 no respondieron (personal 728).

**A la sexta pregunta:** ¿Cuáles son los derechos laborales de los que no goza? Pregunta referida a los CAS.

- 9 respondieron no conocer y otros no respondieron.
- 17 respondieron que no gozan de derechos varios.
- 1 respondió que como 728 goza de todos los derechos.

**A la séptima pregunta:** ¿Conoce usted los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Constitucionalidad del CAS?

- 14 respondieron no conocer.

- 12 respondieron que si la conocen.
- 1 no respondió la pregunta.

B. Se ha encuestado a once magistrados del Poder Judicial, seis de ellos de la Corte Superior de Justicia de Cañete que representan aproximadamente el 17.14% del número de magistrados. También se logró encuestar magistrados de la Corte Superior de Junín, Lima y Cusco; obteniendo un total de once encuestas.

**A la primera pregunta:** ¿Conoce usted el régimen laboral del Contrato Administrativo de Servicios?

- Dos respondieron que no lo conocen y uno que casi no lo conoce.
- Nueve respondieron que si lo conocían.

**A la segunda Pregunta:** ¿Considera usted que es positiva la implementación de este sistema de contratación en el sector público, por qué?

- Dos respondieron que si es positiva, uno por considerar la necesidad de más profesionales en el Estado, y el otro solo temporalmente.
- Dos respondieron desconocer.
- Siete respondieron que no es positiva, por las distorsiones que se dan en las contrataciones, y la afectación de los derechos de los trabajadores.

**A la tercera pregunta:** ¿Considera que la aplicación de este régimen laboral es compatible con el ordenamiento constitucional, por qué?

- Dos respondieron desconocer.
- Tres respondieron que si era compatible en un caso, aún cuando vulnera el principio de igualdad, porque lo ha declarado el Tribunal Constitucional; y el otro por el carácter programático de los DESC.
- Seis respondieron que no es compatible con la constitucional, en razón de

la afectación del derecho laborales de los trabajadores CAS, es discriminatorio, afecta el derecho a la igualdad.

**A la cuarta pregunta:** ¿Conoce usted los términos de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00002-2010-AI-TC sobre la Constitucionalidad del CAS?

- Dos respondieron que no, y nueve que si conocían la sentencia del CAS.

**A la quinta pregunta:** ¿Académicamente está usted de acuerdo con los fundamentos de dicha sentencia?

- Dos respondieron no estar en condiciones de dar opinión por no conocer el tema.

- Tres respondieron estar de acuerdo desde el punto de vista académico.

- Seis respondieron no estar de acuerdo, discrepando de los fundamentos de la sentencia del Tribunal.

## **ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS:**

### **A) Servidores Públicos:**

A.1 Se logró encuestar mayor número de personal del régimen 728 que del régimen 1057, estos últimos eran mas temerosos de participar en las encuestas.

A.2 Del personal encuestado, el mayor numero corresponde al área jurisdiccional, la mayoría contaba con menos de cinco años de antigüedad en el trabajo, y 23 de los encuestados se encontraban en régimen 728, 4 en régimen CAS.

A.3 El personal 728 responde que cuenta con beneficios laborales, y el personal CAS demuestra estar enterado que solo gozan de vacaciones por 15 días, derechos a atención en Essalud y previsional.

A.4 La mayoría de los encuestados reconoce que el personal CAS no



cuenta con varios derechos laborales, sin embargo un número significativo respondió no conocer o prefirieron no responder, denotando su desinterés respecto de sus colegas en el régimen CAS.

A.5 Respecto del conocimiento de la sentencia del Tribunal Constitucional 12 servidores respondieron conocer, lo que se justifica por corresponder a áreas jurisdiccionales, sin embargo la mayoría de los encuestados aún no la conocen, sumando un número 15.

## **B) Magistrados**

B.1 La mayoría de los magistrados conocen del régimen laboral del Contrato Administrativo de Servicios. Solo tres no conocían de este régimen.

B.2 Respecto a la aplicación del régimen laboral, la mayoría respondió que no era positiva, en razón de la inconstitucionalidad del régimen, las distorsiones en las contrataciones del personal y afectación de los derechos laborales de los trabajadores.

B.3 El mayor número de jueces consideraron que el régimen CAS es incompatible con el ordenamiento constitucional por afectación de derechos laborales de reconocimiento constitucional, así como el derecho fundamental a la igualdad.

B.4 La mayoría de los jueces conocen los términos de la sentencia del Tribunal constitucional sobre el CAS.

B.5 En el aspecto académico de la sentencia del Tribunal Constitucional, las cantidades no son tan distantes, dos respondieron no estar en condiciones de dar opinión por no conocer el tema, tres respondieron estar de acuerdo solo académicamente, y seis –la mayoría- expresaron su discrepancia con la misma.

**Conclusión de las encuestas:** De las encuestas realizadas en el universo de 38 encuestados, la mayoría respondió no estar de acuerdo con la implementación con el régimen CAS, y considera que este régimen les

desconoce algunos derechos laborales.

## **CAPITULO VIII**

### **CONCLUSIONES**

1. El régimen laboral de los trabajadores del Estado debe ser único y no diverso de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política del Estado.
2. Existen trabajadores del Estado sujetos a un régimen laboral privado (728) lo cual contraviene la disposición constitucional antes citada, sin embargo es de advertir que los derechos y beneficios laborales acordados en dicho régimen son los mismos que los que gozan los trabajadores de la actividad privada.
3. Los trabajadores del Estado están sujetos a distintos regímenes laborales, tales como la contratación por servicios no personales SNP, el Decreto Legislativo 276 y el régimen de contrato administrativo de servicios - CAS.
4. Los trabajadores del Estado sujetos a servicios SNP carecían absolutamente de derechos y beneficios laborales, en clara violación del ordenamiento laboral, sin embargo al demandar judicialmente la reivindicación de sus derechos, recibían amparo y protección.
5. El régimen CAS es de naturaleza laboral conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia analizada en el presente trabajo, y por ello dispuso la modificación del Decreto Legislativo 1057, lo cual se realizó mediante el D.S. 65-2011-PCM.
6. Lo anterior no obstante, el régimen CAS reconoce derechos y beneficios laborales menores que los acordados en el régimen público del Decreto Legislativo N° 276, pese a que la función desarrollada por dichos trabajadores son permanentes y responden a cargos orgánicos y estables.
7. Los derechos recortados son los siguientes: Compensación por

tiempo de servicios, vacaciones, reconocimiento de tiempo de servicios, gratificaciones. No tenían derecho a sindicación y huelga. Estabilidad laboral.

8. La limitación en el goce de los derechos laborales antes mencionados vulnera los principios laborales de igualdad, continuidad de la relación laboral, rendimiento, primacía de la realidad, protección contra el despido arbitrario, condición mas beneficiosa para el trabajador, de inalterabilidad de las remuneraciones y condiciones de trabajo en beneficio del trabajador.
9. Además de las transgresiones de orden laboral en las que incurre el Decreto Legislativo N° 1057, se concluye en que dicho dispositivo fue expedido en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo para una materia diferente a la laboral, como era la modernización del Estado con motivo de implementación del Tratado de libre Comercio con Estados Unidos, razón por la cual resulta inconstitucional por esta otra causa.
10. No es razonable sostener, para pretender convalidar la dación del Decreto Legislativo N° 1057, que la modernización del Estado para viabilizar el Tratado de libre Comercio tenga que pasar por el desconocimiento de derechos laborales.
11. El Tribunal Constitucional considera que cuando el Decreto Legislativo N° 1057 no dispone acerca de los derechos de sindicación y huelga, ha incurrido en una omisión constitucional y por ello manda a subsanar; lo cual demuestra que este mandato que pretende convalidar la norma lo que hace en realidad evidenciar la inconstitucionalidad de la misma.
12. El Tribunal Constitucional califica como sentencia interpretativa la expedida para declarar la constitucionalidad del CAS, en virtud a que ha tenido que realizar una interpretación del Decreto Legislativo N° 1057 para entenderlo arreglado a la constitución; sin embargo cabe recordar que la interpretación auténtica de la ley es exclusiva facultad del Congreso Nacional, como la interpretación de la Constitución lo es del Tribunal Constitucional; y aun cuando todo operador del derecho debe hacer una labor de hermenéutica jurídica,

esta es presidida por la Constitución y no por un decreto legislativo, conforme lo establece el artículo 51 de la Constitución Política.

13. La sentencia del Tribunal Constitucional materia de investigación ha originado mas problemas de los que pretendía resolver, causando el incremento de las demandas contencioso administrativo laboral. Y al mismo tiempo generando un verdadero impase jurídico ya que su carácter vinculante impide a los jueces apartarse de ella.
14. En el marco interpretativo de la problemática suscitada por el CAS, es elemento rector la condición de Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho, la cual hace prevalecer el respeto a la dignidad humana, y específicamente para este caso a los derechos laborales.
15. No se encuentra razón justificatoria para que el TC haya dispuesto que el Ministerio de Trabajo fije limites para la contratación del personal bajo el CAS, si es que este régimen fuera realmente constitucional debería estar al alcance de todos, precisamente para no afectar el derecho a la igualdad.
16. Tampoco se encuentra razón justificatoria para consagrar un trato diferenciado en clara desventaja a los trabajadores CAS, por cuanto aun cuando por el régimen laboral del trabajador estatal pudiera ser diverso, los trabajadores que desarrollan labores idénticas deben tener los mismos derechos, siendo el caso que ello no ocurre así.

## **RECOMENDACIONES**

1. *Se debe tender a la unificación del régimen laboral en el sector publico, que responda a una adecuada política laboral respetuosa de los derechos fundamentales y principios laborales.*

2. *En toda actuación del Estado en ejercicio de la facultad legislativa se debe tener en consideración*

*especialmente que no se están manejando recursos económicos ni bienes, sino seres humanos que tienen derecho al respeto como personas y de su dignidad, y a la protección de sus derechos laborales y derecho a su bienestar conforme a un Estado Social-.*

*3. Las regulaciones laborales deben cumplir con los mínimos, así como la progresión en los derechos reconocidos en las normas y tratados internacionales vinculantes para el Perú.*

*4. El trabajador es un ser humano, libre con fines propios, con derecho a reconocimiento, con derechos fundamentales; por lo que toda decisión del Estado frente al trabajador debe ser tomada cuidando de no lesionar los derechos de la persona, aun por loable y justificada que sea la necesidad de ordenar el aparato estatal, modernizar y lograr su funcionabilidad.*

*5. Frente al derecho al trabajo - derecho social, se exige en el nuevo milenio, se reaviva la razón y el fundamento del derecho del trabajo en función de la protección de la clase trabajadora; asumiendo actitud responsable y diligente todos los poderes e instituciones constitucionales.*

## **CAPITULO IX**

### **BIBLIOGRAFIA**

- 1) ALONSO OLEA, Manuel. Las fuentes del Derecho al Trabajo, Editorial Civitas. Madrid. 1990.
- 2) ANDORNO Roberto, Dignidad Humana y Derechos Humanos como campo común tierra para una bioética global. En Revista de Medicina y Filosofía, 2009. Instituto de los Eticas Médicos, Universidad de Zurich, Suiza
- 3) APARISI MIRALLES, Angela. En Torno al Principio de la Dignidad Humana (A propósito de la investigación con células troncales embrionarias). Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Navarra.
- 4) Asociación de Egresados y Graduados Pontificia Universidad Católica del Perú. Brújula, Dossier Derechos Humanos. Año 10. numero 19.
- 5) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Reimpresión Octubre 2009.
- 6) CALAMANDREI, Piero. Elogio de los Jueces escrito por un Abogado. Librería el Foro S.A., Buenos Aires, Impreso en Argentina, Edición traducida de la Tercera Italiana de Firenze Publicada por Le Monnier.
- 7) CASTILLO CORDOVA, Luis. Elementos de una Teoría General de los Derechos Constitucionales. Ara Editores E.I.R.L., Colección Jurídica, Universidad de Piura, Perú 2003.
- 8) CASTILLO CORDOVA, Luis. Derechos Fundamentales y Procesos Constitucionales, Editorial Grijley, Lima, 2008.
- 9) CASTILLO RAFAEL, Carlos. ¿Qué puede hacer la filosofía por

nosotros? Brújula, Asociación de Egresados y Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Abril – Junio 2005.

- 10) CÁRDENAS KRENZ, Ronald. *Ética y Gestión Pública: Una visión desde el otro lado*. Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República. Lima – Perú. Jusper. Año 2, N° 1, Año 2008.
- 11) ETO CRUZ, Gerardo. *El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Lima 2008.
- 12) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Dogmática de los Derechos Humanos*. Ediciones Jurídicas Lima – Perú, 1994.
- 13) GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El Derecho Procesal Constitucional en expansión (crónica de un crecimiento)*. Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República. Lima – Perú. Jusper. Año 1, N° 1, 2007.
- 14) GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2005, Barcelona.
- 15) HABERMAS Jürgen, *El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*”, *Dianota*, volumen LV, número 64 (mayo 2010).
- 16) INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. Año I, número 1, Impreso en Argentina, 2002.
- 17) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución (Capítulo V)*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel S.A., Barcelona. 1976.
- 18) MACLEAN UGARTECHE, Roberto. *La Justicia en Tiempos de Desconfianza y Miedo*. Edición de la Corte Superior de Justicia de Loreto, Iquitos, Perú, 2008.
- 19) MONROY GALVEZ, JUAN. *La Autonomía procesal y el Tribunal Constitucional: Apuntes sobre una relación inventada*. Revista Oficial del Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la República. Lima

- Perú. Jusper. Año 1, N° 1, 2007.
- 20) NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Editorial Ara. Lima 1997.
- 21) NOVAK FABIÁN. Namihás, Sandra. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Academia de la Magistratura. Primera Edición, Lima, Perú. Noviembre 2004.
- 22) PACHECO ZERGA, Luz. La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo. Thomson Civitas, Editorial Aranzadi SA, Navarra, Primera Edición 2007.
- 23) RENDON VASQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo. Teoría General I. Segunda Edición, Editorial Grijley, Lima, 2007.
- 24) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derechos Laborales ante Empleadores Ideológicos. Derechos Fundamentales e Ideario Empresarial. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009.
- 25) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de Trabajos y otras Instituciones de Derecho Laboral. Soluciones Laborales. Primera Edición. Diciembre del 2008.



## **CAPITULO X**

### **ANEXOS DOCUMENTARIOS**

#### **Datos Estadísticos**

1. Información de SERVIR
2. Cuadro de Asignación de Personal – Corte de Cañete.

#### **Encuestas**

1. Personal de la Corte de Cañete
2. Magistrados del Poder Judicial

*Este trabajo fue elegido por un grupo de alumnos del Curso de Seminario de Investigación considerando la trascendencia, consecuencias jurídicas y sociales de la implementación y vigencia de una norma inconstitucional; quienes con entusiasmo empezamos el desarrollo del Marco*

*Metodológico el primer semestre académico; en este segundo semestre le tocó asumir a la suscrita la investigación y desarrollo del Índice de Contenido concluyendo con la investigación, agradeciendo la diligente y valiosa dirección del docente Dr. Gino Rios Patio quien ha sido el principal impulsor de la investigación.*