

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



**“CONVENCIONALIZACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE
SERVICIOS”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER
EN DERECHO DE LA EMPRESA CON MENCIÓN EN GESTIÓN
EMPRESARIAL**

AUTOR

JESUS DUFF ACUÑA GONZALES

ASESOR:

DR. DANIEL ULLOA MILLARES

JULIO, 2018

RESUMEN

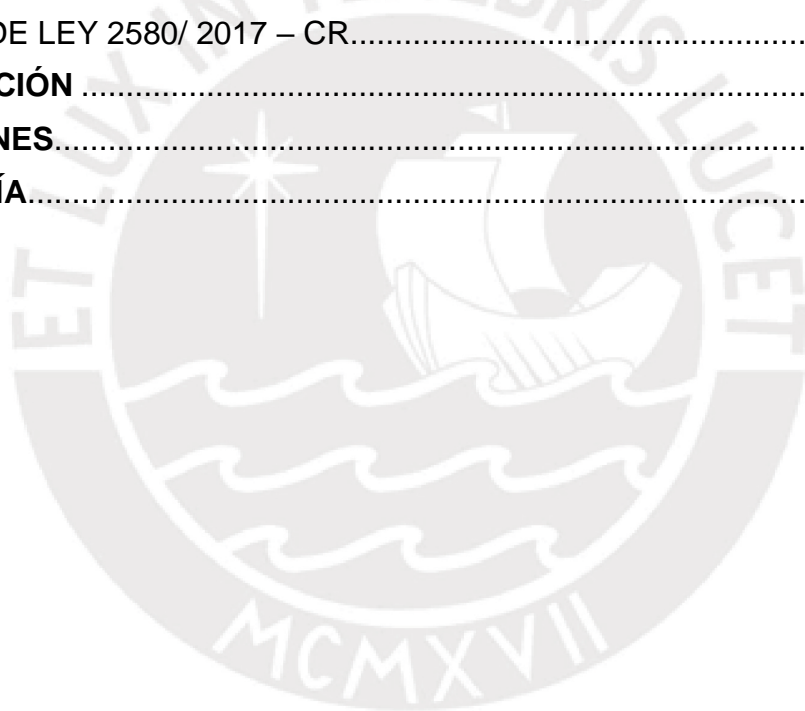
En la normativa del derecho laboral en el estado peruano, se encuentran contrapuestos diversos derechos, principios y garantías que, como resultado acarrearán la vulneración de los derechos de muchos trabajadores, en especial del sector público, donde se tienen diversas modalidades de contratación. Siendo esta diversidad, la que genera desigualdad y desequilibrio. Dentro del régimen de la actividad pública se encuentra la llamada Contratación Administrativa de Servicios (en adelante CAS), la cual afecta derechos laborales y más aún, generaría desigualdad y discriminación frente a los demás regímenes laborales. En ese sentido nuestra posición supone explicar: qué es un contrato laboral a la luz de los principios del Derecho del trabajo, así mismo, evidenciar que existe una vía procedimental por medio de la cual puedan accionar las personas que se sientan afectadas en sus derechos, evidentemente en busca de la restitución de los mismos.

Hasta el momento, en la jurisdicción nacional se han visto diversidad de fallos y sentencias de toda índole, los cuales debieran ser unificados para llegar a tener una sola línea de acción, siendo así, lo que se busca en el presente trabajo es marcar un posible camino, a través de la Acción de Convencionalidad, el cual conduzca a un pronunciamiento jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), quien, de una vez por todas, delimite la aplicación de los principios del Derecho del trabajo y así no solo el Perú, sino todos los países adscritos a su jurisdicción, estén vinculados para que elaboren contratos laborales acorde a los lineamientos que emita el máximo intérprete de los Derechos Humanos en América.

ÍNDICE

RESUMEN	1
INTRODUCCIÓN	4
PRIMER CAPÍTULO	7
LA CONTRATACIÓN LABORAL PÚBLICA EN EL PERÚ EN LOS ÚLTIMOS 20 AÑOS.	7
1.1.- LA CONTRATACIÓN LABORAL. –	7
1.2.- LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL.-	7
1.2.1.- Subordinación. -	8
1.2.2.- Carácter personalísimo de la relación laboral	10
1.2.3.- Remuneración	10
1.3.- TIPOS DE RELACIÓN LABORAL.....	10
1.3.1.- LA RELACIÓN LABORAL PRIVADA	10
1.3.2.- LA RELACIÓN LABORAL PÚBLICA.....	14
1.4.- POSICIÓN DEL ESTADO FRENTE AL CAS:	20
1.4.1.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL CAS.....	21
1.4.2.- EL PODER JUDICIAL FRENTE AL CAS. -	25
1.4.3.- EL PODER LEGISLATIVO FRENTE AL CAS	29
1.4.4.- Posición del Poder Ejecutivo frente al CAS y su eliminación	30
SEGUNDO CAPÍTULO	33
DEBATE EN TORNO A LA CONTRATACIÓN LABORAL PÚBLICA	33
2.1.- POSICIÓN DE LA DOCTRINA PERUANA SOBRE EL CAS.	33
2.1.1.- Antecedentes	33
2.1.2.- Análisis preliminar de la definición del Contrato Administrativo de Servicios	34
2.1.3.- Análisis doctrinario general de la Contratación Administrativa de Servicios	34
2.1.4.- Naturaleza jurídica y definición del Contrato Administrativo de Servicios.	35
2.1.5.- Características Contrato Administrativo de Servicios.	37
2.1.6.- La forma “ <i>ad solemnitatem</i> ” del Contrato Administrativo de Servicios.	39
2.1.7.- La Contratación Administrativa de Servicios frente al Principio de Primacía de la Realidad.....	39
2.2.- POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA SOBRE EL CAS.....	40
2.2.1.- Posición del Tribunal Constitucional frente a la Contratación Administrativa de Servicios.....	41
2.2.3.- Posición de la sociedad civil frente al CAS	45
TERCER CAPÍTULO	48

TOMA DE POSICIÓN PARTICULAR SOBRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS.....	48
3.1.- LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.	48
3.1.1.- Principios convencionales del Derecho del Trabajo. -.....	48
3.1.2.- Derechos laborales amparados en el bloque de convencionalidad. –.....	52
3.1.4.- De la Constitucionalización, a la convencionalización del Derecho.-	56
3.1.5.- La Convencionalización.-	60
3.2.- LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE TRABAJO.....	63
3.2.1.- Sentencia de la Corte IDH sobre el derecho del trabajo, caso Lagos del Campo versus Perú. -	64
CUARTA SECCIÓN	69
¿ES POSIBLE LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL CAS?	69
PROYECTO DE LEY 2580/ 2017 – CR.....	75
QUINTA SECCIÓN	77
CONCLUSIONES	77
BIBLIOGRAFÍA	79



INTRODUCCIÓN

En la presente investigación, analizaremos un tema controvertido que, a lo largo de diez años, ha enfrentado aspectos laborales de corte fundamental en un estado de derecho. Dichos aspectos, que en condiciones normales y bajo el respeto al marco normativo de los Derechos Humanos, no debieran encontrarse en contraposición; por el contrario, estos deberían seguir una única línea garantista y de protección, respetando plenamente los derechos de las personas; más aún, si estos, son de naturaleza laboral, que patrocinan el desarrollo personal, de manera digna.

Esta batalla se libra hasta la actualidad, entre una política laboral de contratación de personal por parte de las instituciones públicas, a través del Régimen Especial de la Contratación Administrativa de Servicios, regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento el Decreto Supremo 075 -2008 –PCM y sus modificaciones, (en adelante CAS) por un lado, y por otro, la propia Constitución, las Convenciones, Tratados, Pactos y Protocolos Internacionales suscritos por nuestro país en materia laboral y de derechos humanos, finalmente, dentro de esta pugna y como una tercera arista, se encuentra nuestra normatividad laboral vigente.

Esta contienda, se lleva a cabo a cada instante, no solo ante los estrados del Poder Judicial (en adelante PJ) y del Tribunal Constitucional (en adelante TC), donde ya hemos podido advertir sus diversas y particulares formas de interpretar, aplicar y resolver, procesos sobre este tema en particular. Sino también a nivel personal, de cada uno de los trabajadores del sector público en nuestro país, ya que ven mancillada su dignidad, al verse inmersos en desigualdades evidentes, peor aún si no existe una predictibilidad de las resoluciones judiciales y administrativas, en aplicación de los derechos humanos y laborales que le asiste y porque no decir, de la aplicación de la analogía que produce una sola forma de contratación y es que en estas circunstancias somos creyentes de la máxima jurídica que señala “Igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales” y nos referimos propiamente a los problemas generados por el CAS en el empleo laboral público peruano.

Conforme podremos observar, en el desarrollo de la presente investigación, resulta manifiestamente evidente, la fricción que existe entre los órganos de justicia, tanto es así que, actualmente se han emitido sentencias que no siguen una sola línea jurisprudencial, por el contrario, se advierten apartamientos de los jueces de los precedentes y de la jurisprudencia vertida por los Máximos Tribunales, sin embargo, cabe resaltar, que dichos apartamientos, son sustentados con una línea argumentativa bastante fuerte y ponderando los principios y derechos fundamentales, que vierte la jurisprudencia supra nacional, estos hechos presentan rasgos de una evolución de la ciencia del Derecho, la cual es conocida como la Convencionalización del Derecho.

Podemos añadir, que los referidos apartamientos realizados por los jueces del PJ, dan lugar a un análisis valorativo, de cómo es que, la justicia actual, con un mejor criterio discrecional y ponderativo, analiza lo sensible de la situación de los trabajadores adscritos al régimen del CAS. Es por ello que recién podría percibirse un acercamiento a la utilización del principio de favorabilidad hacia el trabajador, aunado con otros que describiremos, se forma un cuerpo normativo bastante sólido, el cual no tiene otro fin que proteger al trabajador público, empero esta corriente sería mucho más eficaz si se llegase a utilizar el denominado Bloque de Convencionalidad, ya que de ser así, no solo podría marcar una defensa para los suscritos al CAS sino también a todos los trabajadores del sector público cuando así lo necesiten.

Por lo tanto, primigeniamente, es preciso entender la controversia normativa y jurisprudencial de este específico caso, para también trasuntar tamaña discordancia, hacia los operadores jurisdiccionales, quienes, para poder impartir justicia, deben de verificar, aparte del caso concreto que tienen entre manos, la normatividad vigente, la diversa y diferenciada jurisprudencia existente sobre la materia, cuidándose también y de todos modos, de no incurrir en responsabilidad funcional, llevando a un Magistrado a la responsabilidad de impartir justicia; la cual, se encuentra bifurcada entre lo socialmente adecuado y funcionalmente estableciendo.

Este tema resulta controversial, por lo que hemos visto la posibilidad de realizar esta investigación y llegar a establecer diversos aspectos pragmáticos y tangibles, los cuales buscarán orientar a un solo criterio rector, que se debe tener respecto del CAS, y sostener, que, en la actualidad nos encontramos en el momento justo para erradicar definitivamente este régimen, que no hace más que vulnerar derechos tan fundamentales como la propia dignidad humana, al amparo de la convencionalización del derecho, y con ello también pretenderemos formar una corriente de análisis de la estandarización del derecho laboral público, basado en los principio y derechos fundamentales del derecho al trabajo.

Por todo esto, resulta indispensable una re-evaluación y estudio del CAS como hecho concreto, para establecer los parámetros, lineamientos y principios de aplicación general, con el objetivo de conseguir la unificación definitiva del Derecho Laboral Público, a la luz de toda la legislación, jurisprudencia y doctrina vertida por los máximo intérpretes de los derechos humanos como es la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), bagaje normativo que ya se encuentra establecida en consonancia de lo que los Derechos Humanos pretenden alcanzar, lo cual preliminarmente podemos advertir que se trataría de la dignificación del trabajo.

Con todo este ajustado desarrollo académico, tenemos el deseo de procurar convencionalizar el Derecho al Trabajo en el sector público, ya que consideramos, que

es la única manera de encontrar un futuro digno, en la relación laboral entre el Estado y sus trabajadores.

En esta línea de ideas, podemos ya demarcar el campo de acción y de lo que se pretende alcanzar con la presente investigación. Por lo tanto, se utilizarán aspectos puntuales con estándar internacional del derecho al trabajo, como los vertidos por la Corte IDH, la declaración de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), relativa a los principios y derechos fundamentales en esta materia. Así mismo se analizarán las sentencias emitidas por nuestro TC; empero, no solo en temas únicamente relacionados con el CAS; sino también, los establecidos en materia laboral en general. En el mismo sentido, se examinarán los criterios jurisprudenciales y los apartamientos realizados por los jueces del Poder Judicial (en adelante PJ), para finalmente realizar un razonamiento jurídico de, cómo es que, inclusive el Poder Legislativo, ya marca la pauta de la erradicación del CAS, al dictar leyes que reivindicán ampliamente a los trabajadores contratados bajo este régimen.

Con al único fin de aportar conocimiento específico sobre la materia, la presente investigación cuenta con tres secciones. En la primera revisaremos el estado, de la contratación laboral en el Perú en los últimos veinte años, de tal manera que englobaremos detalles de cómo es que ha evolucionado nuestro país según los regímenes de contratación laboral que tiene. Además, se revisarán las posiciones del Estado y sus Instituciones frente al CAS en estos tiempos de cambios para este tipo de contrato.

En la segunda sección una especie de debate demarcando las posiciones que se tienen frente al CAS, en sentido revisaremos cual es la postura de la doctrina la jurisprudencia y además cual es la postura que la sociedad tiene frente a este contrato, de tal manera que observaremos el enfoque particular de cada uno de ellos

Finalmente, en la tercera sección, se evaluarán los principios del derecho trabajo que utilizaremos para sostener nuestra posición, de igual forma verificaremos el derecho a la igualdad enfocado a la relación laboral, finalmente verificaremos aspectos trascendentales de carácter constitucional y derecho internacional, para ello utilizaremos todos los recursos del bloque de convencionalidad en materia de Derecho al trabajo, como también, las resoluciones dictadas por la CIDH, la doctrina definida por la OIT, las descripciones jurisprudenciales del bloque de constitucionalidad desarrollados por nuestro TC, así mismo enfocaremos puntos clave de la sentencia del a Corte IDH en el caso Lagos del Campo versus Perú, todo ello para crear un espíritu de convencionalidad más amplio con un carácter global y moderno con el único propósito de orientar la unificación de criterios en los derechos laborales para el Perú y por qué no, para toda Latino América, en el marco del desarrollo y la modernidad, donde ya no exista la desigualdad entre las personas trabajadoras.

PRIMER CAPÍTULO

LA CONTRATACIÓN LABORAL PÚBLICA EN EL PERÚ EN LOS ÚLTIMOS 20 AÑOS.

En la presente sección, estudiaremos los diversos aspectos que contempla la contratación laboral en el Perú, todos ellos, bajo la premisa de igualdad entre las personas, esta premisa, resulta relevante resaltarla para el objetivo que pretendemos alcanzar; el cual es, convencionalizar el Derecho Laboral Público y más precisamente el CAS, vale decir, pretendemos proponer que la unificación de los derechos laborales resulta posible.

Para alcanzar el objetivo propuesto, en este apartado analizaremos diversos tópicos, relacionados a la contratación laboral que existen en el Perú, de lo cual, primero se tendrá una visión general de qué es una relación laboral sin ningún tipo de distinción, por ello abarcaremos lo referente a los elementos y tipos de la relación laboral, posteriormente profundizaremos en lo referente a la contratación del personal por parte del Estado.

Así mismo, verificaremos las posiciones que tienen, los tres poderes del Estado además de lo vertido por el TC, dicho análisis será reforzado por conceptos extraídos de la línea de resguardo de los Derechos Humanos en materia de trabajo, de tal manera que se observe, como es que confluyen los regímenes laborales peruanos en una sola vertiente, generando así una conciencia de que si es posible lograr una convencionalización del régimen laboral público a través del derecho-principio a la igualdad.

1.1.- LA CONTRATACIÓN LABORAL. – Al hablar de contratación laboral, el TC establece que se denomina “relación laboral” por lo tanto, es de vital importancia entender ¿qué se concibe por relación laboral?, para lo cual, seguiremos lo descrito por el máximo intérprete de la constitución que dice: “El contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en forma subordinada a cambio de una remuneración” (Caso Chinchay TC, 2002). Esta definición, nos permite afirmar que toda relación laboral tiene elementos primordiales, (los cuales nosotros llamaremos “elementos básicos”¹), los mismos que establecen una relación directa entre el trabajador y su empleador, por consiguiente, se determina el carácter personal y subordinado de la prestación del servicio, a cambio de una contraprestación que se materializa con la remuneración.

1.2.- LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL.- “[L]os elementos fundamentales, inherentes al contrato-relación de trabajo son (...) En primer lugar, que

¹ Elemento básico, debido a lo esencial del asunto. Son los factores piezas o componentes mínimos que una relación de trabajo debe contener, para así poder determinarse un vínculo o relación de trabajo.

exista una prestación de servicios personal y voluntaria, en segundo lugar, esa prestación debe hacerse por cuenta ajena, en tercer lugar, se requiere que las obras o servicios, se efectúen en una relación de dependencia o subordinación con respecto al empleador, y es preciso, por último, que medie una remuneración o Salario". (Córdova, 1997) por lo tanto, resulta evidente que el trabajador debe brindar su servicio de forma personalísima, mediando su intención voluntaria de ofrecerla, ya que, nunca debe ser de manera forzada, además en dicho servicio debe existir la subordinación del trabajador frente a su empleador, con ello, se descarta la autonomía laboral, que es el acto de trabajar para uno mismo, y por último, dicho servicio personal y subordinado repercute, en el pago de una contraprestación, llamada también salario o estipendio. En este punto, se debe aclarar que, para este trabajo no se considera como relación laboral a la locación de servicios el cual se encuentra regulado por el código civil.

Con la finalidad de profundizar este acápite podemos referir que "el contrato de trabajo presenta tres elementos esenciales: prestación personal, remuneración y subordinación. (...) Entonces, el contrato de trabajo puede ser definido como: un negocio jurídico, por el cual el trabajador presta servicios personales, por cuenta ajena en una relación de subordinación a cambio de una remuneración" (Toyama, 2005). Es en base a esta definición que detallaremos cada uno de los referidos elementos de la relación de trabajo general.

1.2.1.- Subordinación. - Es cuando una persona natural, se encuentra dentro una relación laboral, bajo el poder de dirección del empleador, en otras palabras; "La subordinación es el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual, el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla, sujeción de un lado y dirección del otro, (...) es propia del contrato de trabajo ya que en las prestaciones de servicios regulados por el Derecho Civil o Mercantil existe la autonomía" (Neves, 2009).

De esta manera podemos decir que el trabajador, es el "deudor laboral", el cual debe un servicio al "acreedor laboral", que es quien dirige, fiscaliza y sanciona al trabajador a través de su poder de empleador. Estableciéndose así, una jerarquía en la que el trabajador se debe a su empleador, cumpliendo lo que éste último le encomienda realizar.

Con mayor detalle se afirma que; "la subordinación implica la presencia de las facultades directriz, normativa y disciplinaria que tiene el empleador frente a un trabajador, las mismas que se exteriorizan en: cumplimiento de un horario y jornada de trabajo, uniformes, documentos que demuestren cierta sumisión o sujeción a las directrices que se dicten en la empresa, imposición de sanciones disciplinarias, sometimiento a los procesos disciplinarios aplicables al personal dependiente (Toyama, 2005).

De esta definición podemos extraer que, la subordinación es determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que esta constituye la distinción central entre, el contrato laboral y el de locación de servicios, por lo tanto, resaltamos, el carácter de sumisión del trabajador, frente a la facultad directriz del empleador, sometiéndose a sus órdenes. Situándonos así, a un vínculo eminentemente vertical, donde uno tiene mayor rango que el otro, generando una cadena de mando, que va desde el jefe máximo del centro laboral, hasta el último trabajador adscrito a esta jerarquía.

Resulta importante dejar establecido también que dentro de la subordinación existen dos características de labor que también coadyuvan a la determinación plena de una relación laboral propiamente dicha y esos son:

a.- Labor ordinaria. - Es el acto que se realiza de forma común o habitual, en la cual no existen trabajos extras; en ese sentido “por labor ordinaria, debe considerarse el trabajo habitual, frecuente, común, que realiza el trabajador cualquiera que sea la duración de la jornada” (Álvarez, 2011), a modo de ejemplo, podemos decir que, la labor de una persona encargada de la elaboración de resoluciones en una entidad pública, tiene una labor común y habitual.

b.- Labor permanente. – Es el acto que se realizará de forma casi perpetua, sin variaciones de ningún tipo en ese sentido en la jurisprudencia se establece “[S]i la labor tiene naturaleza permanente, y no existe justificativo (incremento de actividades, necesidades de mercado u otras) para la contratación modal, nos encontramos ante una relación indeterminada de trabajo”. (Caso Vergara Perez TC, 2012), en ese entender consideramos que las personas contratadas bajo el régimen del CAS, realizan labores permanentes. En esa misma línea jurisprudencial, de forma exacta se señala, que se debe realizar la contratación de las personas, según la función que desempeñaran al interior de la entidad, además nos instruye sobre situaciones, que podrían constituir un fraude en el tipo de contratación. El respecto se establece: “si [se] contrata a un trabajador mediante esta modalidad contractual para que desempeñe labores de naturaleza permanente y no temporales, se habría simulado la celebración de un contrato de duración determinada en vez de uno de duración indeterminada. (Caso Javier Maldonado TC, 2009).

Es necesario resaltar, la posición clara y definida que tiene el TC respecto de estos dos puntos, en especial, cuando establece que se debe tener en cuenta la temporalidad o transitoriedad del trabajo o servicio para el que fue contratado un trabajador. En ese sentido, resulta claro determinar que un trabajador CAS realiza una labor ordinaria y permanente. Así tenemos, por ejemplo, un asistente, analista o especialista de cualquier institución pública, quien tiene como función el proyectar, analizar y emitir resoluciones, por lo que, estos puestos de trabajo no podrían desaparecer, debido a que las instituciones emiten resoluciones y jamás dejarán de hacerlo, es decir, esos

puestos de trabajo siempre serán necesarios, por lo que claramente se configura una clara e inimpugnable relación laboral de carácter, ordinario y permanente, por ello su tipo de contratación debiera ser indefinido.

1.2.2.- **Carácter personalísimo de la relación laboral.** - Teniendo como premisa que, la relación laboral se realiza por una persona natural en servicio y provecho de otra, podríamos decir que, “la tarea asignada por el empleador, la cumple el trabajador sólo, (...) la relación se desnaturaliza, si el trabajador pudiese contratar por su cuenta a otros sujetos que lo apoyen o lo remplacen en la labor encomendada. Si el trabajador se incapacita para el cumplimiento de su actividad de manera temporal o definitiva o fallece, la relación laboral se suspende o extingue según los casos” (Neves, 2009). En ese mismo sentido, “el carácter personal de la prestación de trabajo, se refiere a las personas naturales, los servicios que realizan las personas jurídicas no pertenecen al derecho laboral” (Córdova, 1997).

Teniendo estas afirmaciones, podemos resumir que: únicamente la persona natural es quien puede prestar un servicio subordinadamente, mas no así una persona jurídica o alguien que subcontrata su labor.

1.2.3.- **Remuneración.** - Este elemento, determina el cómo, cuándo y cuánto recibe una persona como salario, por los servicios prestados dentro de una relación laboral, es decir, lo que el empleador le paga a cambio del tiempo, desempeño o productividad que el trabajador tiene en favor de su empleador. Por lo tanto, “la remuneración constituye la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que éste pone a su disposición. Es decir, el contrato de trabajo es oneroso y no cabe, la prestación de servicios en forma gratuita” (Toyama, 2005).

En ese orden de ideas, “la remuneración, es pues un factor conexo, no solo a la onerosidad, sino también, al carácter conmutativo del contrato de trabajo, que en ningún caso ha de presumirse gratuito.” (Córdova, 1997) Por lo tanto, la relación laboral requiere, que la prestación de servicios debe ser remunerada u onerosa, jamás gratuita, trasuntándose ello, en la retribución dineraria o en especie, por los servicios que el trabajador prestó a su empleador.

1.3.- **TIPOS DE RELACIÓN LABORAL.** – Como se sabe, en el Perú se tienen dos regímenes laborales, uno de los cuales es el régimen de la actividad privada, el cual se encarga de regular lo concerniente a la contratación de personal por parte de las empresas privadas, además tenemos el régimen de la actividad pública que se encarga de regular la contratación laboral por parte del Estado, para mayor conocimientos y diferenciación los desarrollaremos a continuación.

1.3.1.- **LA RELACIÓN LABORAL PRIVADA.** - En el Perú, se tiene el Dec. Leg. 728 llamada también Ley de Fomento del Empleo, el cual, establece derechos y beneficios

comunes para los trabajadores del sector privado, sin embargo, también, se permite conceder condiciones y derechos diferentes según la función, actividad o el número de empleados al interior de su centro laboral, así tenemos, la minería, el agro, salud, microempresas etc.

En este régimen laboral, se exige como requisito “sine qua non” la existencia de los elementos básicos de la relación laboral, vale decir que, el trabajo debe ser desarrollado de forma personal sin la posibilidad de ser delegado, además debe existir una relación de subordinación plena entre el trabajador y su empleador, finalmente el trabajador recibe un salario por el trabajo realizado. Como vemos, este es el contrato laboral por antonomasia.

1.3.1.1.- Tipos de contratación laboral en el sector privado. - En este régimen laboral, ya se tienen establecidos los tipos de contratos que se pueden suscribir, así tenemos:

a.- Contrato a plazo indefinido. - Este tipo de contrato, -bajo el principio de preferencia de la contratación indefinida- debería ser considerado como la regla general para la contratación laboral, ya que, este tipo de contrato no tiene duración o tiempo definido expresamente, por lo tanto, el trabajador ya no renueva constantemente su vínculo laboral, además de ya gozar de todos los derechos laborales a plenitud.

b.- Contrato sujeto a modalidad. - Se caracteriza por tener una duración expresamente determinada, es decir, en él se establece el tiempo durante el cual el trabajador prestará sus servicios en favor de su empleador. Para este tipo de contrato, la legislación laboral establece que se debe demostrar, “de forma irrefutable” la causa objetiva por la cual se está optando por tal duración, caso contrario será reconocido por uno a plazo indefinido.

Dentro de este tipo de contratación tenemos tres variantes las cuales son: 1.- contrato de carácter temporal; que se puede utilizar para contratar personal por la puesta en marcha de un nuevo negocio. 2.- Contrato de naturaleza accidental; que se puede aplicar para el reemplazo de otro trabajador que, por diversos motivos de licencia, se ausentó temporalmente del centro laboral, y finalmente 3.- contrato para realización de una determinada obra o un servicio específico; dentro de ellos tenemos por ejemplo los servicios de temporada.

1.3.1.2.- Características de la contratación laboral en el sector privado. - Esta modalidad contractual, presenta ciertas características importantes, que van acorde con lo establecido no solo en el ámbito legislativo nacional, sino también, en normas supra nacionales como es La Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Dentro de las principales se tiene: que la jornada de trabajo es de ocho horas diarias o su equivalencia de cuarenta y ocho horas semanales como máximo, de tal manera que, en caso se produzcan horas adicionales o extraordinarias estas deberán ser pagadas con el correspondiente recargo. Empero cumpliendo la regla de que el pago por las dos

primeras horas, no podrá ser menor al 25% por hora y las adicionales a ellas, no será inferior al 35% por hora.

Este tipo de contratación laboral, considera que debe existir el denominado periodo de prueba, el cual, tiene una duración de tres meses, este periodo, se puede extender hasta los seis meses para trabajadores que ocupan puestos cualificados o de confianza, y finalmente su máxima extensión es hasta los doce meses cuando el trabajador tenga un cargo en el directorio de la empresa, donde si acaso el trabajador sea despedido, este no tiene derecho a indemnización por despido arbitrario.

Un Aspecto trascendental es que, en este sector laboral se diferencian las jornadas de trabajo, es decir, se diferencian los trabajos realizados durante el día y durante la noche, siendo que el turno de noche comienza a las veintidós horas y culmina a las seis horas del día siguiente, esta diferenciación conlleva a que el pago de los trabajadores de jornada nocturna, no será inferior al salario mínimo mensual más un recargo del 35% como mínimo.

Los trabajadores de este régimen laboral, tienen derecho a vacaciones anuales remuneradas, es decir, el trabajador disfruta de un periodo vacacional de treinta días calendario por cada año completo de servicios, siendo derecho del trabajador disfrutarlas en forma completa o por periodos que no sean menores a siete días, evidentemente repartidos durante el siguiente año de adquirido tal beneficio. Además, que, al ser remunerado, el trabajador recibe el equivalente a su salario mensual.

También se tiene que, el empleador se encuentra en la obligación de declarar y pagar, las aportaciones al sistema nacional de salud, el cual es equivalente al 9% del salario mensual del trabajador, esto tiene como finalidad, permitir que el trabajador acceda a los servicios de salud que éste o sus familiares directos requieran.

Otro de los beneficios de este régimen laboral, es el hecho que el trabajador, tiene derecho a dos gratificaciones por año, una por concepto de fiestas patrias y otra por navidad, cada una de ellas, debe ser igual al salario mensual que recibe el trabajador.

En ese mismo sentido, el trabajador recibe de forma mensual una asignación familiar, que es equivalente al 10% del salario mínimo vital vigente. Empero ello únicamente se paga a los trabajadores que tienen hijos menores de 18 años, o que estos siendo mayores de edad se encuentran inscritos y estudian en programas de educación carreras técnicas o universitarias.

Paralelamente, el empleador tiene la obligación de depositar en la cuenta bancaria que el trabajador indique, la denominada compensación por tiempo de servicios (CTS). Este beneficio debe ser depositado en los meses de mayo y noviembre, el cual es equivalente a un doceavo de la remuneración por cada mes completo de trabajo, por lo tanto, en un año de trabajo, el trabajador recibirá un monto equivalente a una

remuneración, este beneficio tiene la única finalidad de cubrir eventuales contingencias del trabajador al término de su contrato.

Así mismo, el empleador es responsable del cobro y pago de las aportaciones para el sistema de pensiones, donde es elección del trabajador adherirse al sistema nacional de pensiones (SNP) donde la tasa aplicable actualmente es del 13% de su remuneración o al sistema privado de pensiones (SPP). Donde la tasa aplicable es diversa según la empresa administradora de fondo de pensiones (AFP) que elija el trabajador

Finalmente, pero no menos importante, es que el trabajador recibe la llamada participación en los beneficios de la empresa o comúnmente denominado reparto de utilidades, vale decir que, el empleador tienen la obligación de repartir un porcentaje de sus ganancias anuales entre sus trabajadores, antes de deducir sus correspondientes impuestos, este beneficio se encuentra supeditado a que la empresa tenga como mínimo veinte trabajadores adscritos a su planilla y que las actividades comerciales que ella desarrolla la generen ingresos económicos.

1.3.1.3.- Causas de terminación del contrato de trabajo. - en este apartado verificaremos las formas como se produce el quiebre o ruptura de la relación laboral, que en pocas palabras es el apartamiento del trabajador de su centro de labor, como verificaremos, existen diversos motivos justificados unos e injustificados otros.

Así temenos dentro de los despidos justificados el producido mediante un acuerdo consensuado y consentido, entre el empleador y el empleador, donde existe una negociación entre ambas partes pugnando según sus conveniencias el mejor modo de poner fin al vínculo laboral.

Otra situación que justifica la separación del trabajador de su centro laboral es, por medio de la renuncia de este último. En este caso es la voluntad unilateral del trabajador, la que lo impulsa a romper el vínculo laboral, ello no exime de las responsabilidades sociales que debe cumplir el empleador, es decir, no libera al empleador de cumplir con los beneficios que la parte renunciante tiene.

Dentro de lo justificado también se encuentra, la jubilación, ya que ésta se da, cuando una persona trabajadora pasa a ser inactivo laboralmente, ya sea por cuenta propia o ajena, es decir, que el trabajador deja de trabajar por situaciones, como la edad avanzada o también por algún problema físico o mental que le impide realizar las funciones que anteriormente desempeñaba al interior de su centro laboral. Este cese definitivo implica, que el jubilado reciba mensualmente una prestación económica de por vida, según las aportaciones que éste realizó durante su desempeño laboral

Otra de las causas de extinción del vínculo laboral, es la muerte del trabajador, ya que, al ser de carácter personalísimo, dicho vinculo es intransferible a otra persona o familiar.

Consecuentemente, todos los beneficios económicos que el trabajador haya reunido durante su periodo de trabajo, serán otorgados en favor de sus beneficiarios

Dentro de las causas justas de extinción del vínculo laboral tenemos, la que se produce cuando el proyecto o la empresa finaliza sus labores por diversos motivos como la quiebra; también se tienen en este rubro a los contratados por determinada obra o servicio cuyo contrato finaliza, es el caso de los contratos de plazo fijo o por temporada.

Finalmente tenemos la fractura del vínculo laboral por medio del despido, es decir, cuando el empleador por su poder de dirección, unilateralmente cesa de sus funciones al trabajador, y esto se produce por ejemplo cuando el trabajador comete alguna falta grave.

Claro está que en el rubro de los despidos tenemos otros adicionales contemplados tanto en la ley como en la jurisprudencia como: El despido arbitrario, el cual se produce cuando el empleador despide al trabajador por causa o razones distintas a las que específicamente se encuentran descritas en la ley, es en este caso que, el trabajador tiene el derecho de reclamar una indemnización por la afectación sufrida

Otro de los tipos de despido, es el denominado despido nulo, donde el empleador al despedir al trabajador, atenta directamente sus derechos fundamentales, es así que, el trabajador mediante una demanda en vía laboral, puede pretender la indemnización por los perjuicios ocasionados y la restitución a su centro laboral, es decir que sea repuesto en su trabajo y en el cargo que este ocupaba.

Finalmente tenemos al despido Indirecto, y es cuando el trabajador es objeto de actos de hostilidad equivalentes al despido por parte de su empleador, en este caso el trabajador tiene el derecho de demandar una indemnización.

Habiendo observado los aspectos fundamentales de un campo del derecho laboral peruano, el cual nos muestra, cómo es que, en el sector privado se tienen bien establecidos y delimitados los tipos o formas de contratación para sus trabajadores, bajo ese mismo esquema, a continuación, pasaremos a desentrañar los aspectos del régimen laboral en el sector público.

1.3.2.- LA RELACIÓN LABORAL PÚBLICA. – Es también denominada, función pública, debido a la relación laboral que tiene una persona con el Estado, por lo tanto, utilizaremos la definición establecida por el TC, en vista a que nos parece muy importante conocer, como este ente supremo realiza una diferenciación del tipo de trabajador o servidor con los que cuenta actualmente nuestra administración pública, por lo tanto:

“Función pública comprende dos tipos de función, que suele distinguirse: i) la función pública representativa; y, ii) la función pública no representativa. La

función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada.

La función pública representativa, es la designada específicamente como "cargo" ya se encuentra comprendida en nuestro ordenamiento como el derecho a ser elegido (art. 31°, Const.), es decir, en el denominado derecho de sufragio pasivo. Como ejemplos típicos de él, se encuentran los cargos políticos desde las más altas magistraturas, como las de congresista o la de presidente de la república, hasta las de alcalde o regidor de las municipalidades.

La función pública no representativa, se encuentra conformada por los servidores públicos de la administración estatal, regional o municipal, y, desde luego, los de los poderes del estado y en general, de toda entidad pública.

Conforme a lo expuesto, la condición de funcionario o servidor público no solo se identifica, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la administración pública, sino por el desempeño de funciones que la persona tiene al interior de las entidades del Estado" (Caso Huatuco TC, 2015).

Resulta entonces evidente que, para el presente trabajo, nos enfocaremos en la llamada "función pública no representativa" vale decir; las personas que son contratadas por el Estado para brindar sus servicios basados en su expertiz en determinada materia o campo del conocimiento humano. Cabe destacar que dicha contratación debe reunir las garantías, principios y derechos que tiene el trabajador, ya que, de ser vulnerado cualquiera de estos, el trabajador afectado tendría expedita la posibilidad de accionar judicialmente.

Ahora bien, la legislación y doctrina laboral peruana, establecen que, en el Perú, dentro del sector público no representativo, co-existen distintos regímenes laborales, siendo así, el primer régimen, considerado como la de carreras especiales (profesores, médicos, magistrados, fiscales, militares, policías, etc.), el segundo régimen, es el de la carrera administrativa del Dec. Leg. 276, el tercero es el régimen de la actividad privada bajo el marco del Dec. Leg. 728 y finalmente el régimen CAS que se encuentra establecido en el Dec. Leg. 1057. A más detalle tenemos.

1.3.2.1.-Régimen de la carrera administrativa (dec. Leg. 276).- Por medio de la carrera administrativa se regula el ingreso, los derechos y los deberes de los servidores públicos, que tiene carácter estable, es decir, que prestan sus servicios de manera permanente al Estado. Por lo tanto, tiene como objetivo la incorporación del personal idóneo a la administración pública, garantizando de esta manera su permanencia y desarrollo sobre la base de sus propios méritos y buen desempeño de sus funciones dentro de una estructura orgánica uniforme.

Este régimen laboral público administrativo, se caracteriza por ser un sistema cerrado, en el cual, el ingreso se realiza por el nivel más bajo del grupo ocupacional y el ascenso

depende del cumplimiento de los requisitos previamente establecidos, que incluyen la antigüedad en el puesto, la capacitación y su correspondiente evaluación (Autoridad del Servicio Civil, 2012).

La carrera administrativa, cuenta con tres grupos ocupacionales completamente diferenciados, los cuales, a su vez, tienen distintos niveles, que permite una homogeneidad remunerativa, que se encuentra establecida en el sistema único de remuneraciones, bajo esa premisa, es por este motivo que se dice que, es permanente basándose en principios como el de igualdad de oportunidades, la estabilidad laboral, la garantía del nivel adquirido y finalmente la retribución justa.

La norma laboral, reconoce como “servidor público” a la persona natural o ciudadano, que presta sus servicios laborales en entidades públicas, bajo un contrato de trabajo. Tal diferencia establece, que la carrera administrativa solo la puede realizar dicha persona natural que adquiere la calidad de servidor público como consecuencia de prestar su voluntad laboral de manera permanente en favor del Estado, por lo que, a su vez, adquiere el derecho a una estabilidad laboral indeterminada.

Cabe señalar que esta norma, excluye de la carrera administrativa a las fuerzas armadas, policiales y los trabajadores que prestan servicios en las empresas del Estado o sociedades que mantienen una economía mixta, así como también son excluidos los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.

Debemos de recordar que, desde el año 1993 de acuerdo con el Dec. Ley 25986 y las leyes de presupuesto público que incluyen normas de austeridad fiscal, se prohíbe hasta la actualidad, el ingreso de nuevo personal a la carrera administrativa, así como el aumento remunerativo, bonificaciones y otros beneficios como el pago de horas extras. Ya en el año 2002, se aprobó la Ley 27783, ley de bases para la descentralización, la que transfiere competencias sectoriales a los gobiernos regionales. Por lo cual, los gobiernos regionales fueron exonerados de las normas de austeridad presupuestal y así contratar nuevos trabajadores bajo el régimen de la carrera administrativa (SERVIR, 2012), Sin embargo, este personal fue incorporado principalmente mediante la modalidad de servicios no personales (en adelante SNP). Es recién en el año 2010 que se autoriza el nombramiento progresivo de personal en las entidades del sector público mediante la quincuagésima segunda disposición final de la Ley 29465, y el 2011, se autoriza la conclusión del proceso de nombramiento del personal contratado del sector público mediante Ley 29753.

La Ley de bases de la carrera administrativa, reconoce el derecho a la estabilidad laboral, motivo por el cual, ningún servidor puede ser cesado o destituido por causas distintas a las previstas en la referida Ley y mucho menos sin previo proceso administrativo disciplinario, siendo la única excepción, la condena penal por delito doloso, en cuyo caso la destitución es de forma automática (Autoridad del Servicio Civil, 2012). Por lo tanto, la carrera administrativa tiene su fin únicamente por motivos de

fallecimiento, renuncia, cese o destitución. Rigidez tan marcada que obliga al Estado a utilizar el SNP y así tener mayor flexibilización al momento de contratar y despedir a los trabajadores.

1.3.2.2.- Régimen de la actividad privada en el estado (dec. Leg. 728).- Como ya hemos advertido en el apartado correspondiente, el régimen laboral de la actividad privada se rige por el Dec Leg 728, la cual, a manera de recuento, tuvo como finalidad, permitir al empresariado enfrentar la crisis económica de inicios de los años 90, por lo que, su promulgación trajo consigo, la posibilidad de celebrar contratos de trabajo con cláusulas de temporalidad, vale decir se extinguía de esta manera la estabilidad laboral amparada en el Dec Leg 276, además se ampliaron las causales objetivas de la extinción del contrato de trabajo, incluyéndose la posibilidad de ceses colectivos.

Este régimen se dio bajo el argumento de reformar el Estado en materia económico-financiero, implementándose nuevas escalas remunerativas, distintas al sistema único de remuneraciones. Además de permitir la incorporación de personal altamente capacitado en posiciones de dirección, exonerándolos del requisito de ascender paulatinamente.

Debido a que esta norma se encuentra orientada a regular el empleo en la actividad privada, su aplicación en las entidades del sector público, supuso la aplicación de normas supletorias, de esta manera es que se permitió gestionar de modo flexible los recursos humanos en las empresas del Estado (Autoridad del Servicio Civil, 2012)..

En la actualidad, “los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada pertenecen al grupo ocupacional de profesional (43%), seguido por los técnicos (29%) y auxiliares (8%) y un limitado porcentaje de funcionarios (3%). (Autoridad del Servicio Civil, SERVIR, 2016)

Como también ya observamos la Ley de fomento del empleo, establece las causales de extinción del contrato de trabajo, por lo que, la desvinculación en el régimen laboral de la actividad privada, admite la figura de la indemnización por despido arbitrario, a diferencia de la carrera administrativa donde no existe esta. (Autoridad del Servicio Civil, 2012).

1.3.2.3.- Servicios no personales. - Como se tiene conocido, los SNP nacen debido a que el propio gobierno dictó normas, como las leyes de presupuesto, donde se pregonaba la austeridad en el gasto público, de tal manera que se prohibía la contratación de personal por medio de la carrera administrativa, o bajo el régimen de la actividad privada. Entonces con el propósito de cumplir con sus funciones, diversos sectores del Estado, no tuvieron otra alternativa que utilizar la normativa civil, es decir, los contratos por SNP. De esta manera se aparentaba el cumplimiento de las normas de austeridad, cuando en realidad lo que se hacía, era contratar personal subordinado bajo normas civiles de locación de servicios, de tal forma que se los apartaba de todo

derecho o beneficio que pudiera repercutir en gastos para el erario nacional, en otras palabras, fue el propio Estado quien informalizó y precarizó el trabajo en el Perú

Por este motivo, no se podría desarrollar el tema del CAS, sin antes tener en cuenta que, dicho régimen se estableció, debido a que el Estado peruano vulneró los derechos laborales de sus trabajadores mediante el uso y abuso de los SNP el cual como sabemos, desnaturalizaba la relación laboral a la luz del principio de primacía de la realidad. Así lo señaló el TC en sus sentencias N° 1944-2002-AA/TC y N° 01388-2011-PA/TC. Por lo tanto, era preocupante para el Estado, el hecho de que sus trabajadores procedan judicialmente y obtengan así, además de la estabilidad laboral, el cobro de sus beneficios sociales; ya que ello contravenía las normas de austeridad implantadas.

Añadido a ello, el Perú en ese momento, tenía pendiente resolver las observaciones en materia laboral que se realizó los Estados Unidos, para la suscripción del Tratado de Libre Comercio, donde se exigía un mayor estándar, de derechos y obligaciones para los trabajadores del estado peruano.

Es así que, a razón de estos inconvenientes, se promulga el Dec. Leg. 1057 de fecha 29 de junio de 2008, el cual buscaba reformar el empleo público en el Perú, de tal manera que se decidió otorgar derechos y obligaciones laborales para el sector público; es decir, se procuró la formalización del sistema de trabajo en el Estado, aunque -de manera discutible- no se le calificó como un contrato laboral.

1.3.2.4.- Régimen de la Contratación Administrativa de Servicios. - Debemos referir que el CAS se encuentra normado por el Dec. Leg. 1057, del 29 de junio de 2008, y su reglamento Dec. Sup. 075-2008-PCM, este nuevo régimen laboral, constituye una modalidad contractual de carácter temporal y especial en su aplicación por ser propia del Estado.

De manera general, las entidades públicas pueden contratar personal mediante el CAS, con excepción -como ya vimos- de las empresas del Estado y los proyectos de inversión pública o cooperación internacional, además que, mediante este contrato no se puede contratar, consultorías, asesorías u otra modalidad laboral que se desempeñe de manera autónoma y fuera de las sedes de la entidad, tampoco se puede contratar el apoyo gerencial ni las modalidades formativas. (Autoridad del Servicio Civil, 2012).

Así mismo y como se sabe, el CAS trajo consigo diversas novedades (para ese entonces) las cuales se trasuntaron en derechos laborales, así se tiene establecido por mencionar algunas, el acceso al trabajo por concurso público, una jornada semanal máxima, vacaciones y descanso semanal, también el derecho a una remuneración mínima acorde a los estándares sociales, los jubilados acceden al régimen pensionario, el derecho a la sindicalización, liquidación, indemnizaciones y beneficios sociales correspondientes ante la fractura del vínculo laboral, además la norma obliga el descuento por ESSALUD e impuestos a la renta.

Para los fines de la presente investigación, debemos de tocar con mayor profundidad este tema, por lo tanto, debemos precisar que la primigenia definición del CAS establecida en la promulgación del Decreto Legislativo 1057, fue modificada a raíz de la sentencia emitida por el TC por lo que el CAS fue definido de la siguiente manera: “El contrato administrativo de servicios, es un régimen especial de contratación laboral para el sector público, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera subordinada. Se rige por normas especiales y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones inherentes al régimen especial” (Decreto Legislativo N° 1057, 2008).

Como se puede observar, a raíz de las modificatorias que se hicieron al CAS, se introdujo el elemento de “subordinación”² (Neves, 2009) el cual se encuentra literalmente precisado, en el texto mismo de la norma. Ello generó la intensificación del debate que ya anteriormente existía. Es así que muchos de los expertos en la materia refirieran, que el Perú estaba en el camino de la “laboralización” (Neves, 2010) del empleo público.

Por lo tanto, la utilización del término “subordinación”, daba señales de que lo más adecuado para los trabajadores estatales, era la equiparación al contrato laboral del sector privado, el cual como resulta evidente otorga mayores beneficios laborales. Empero como veremos a continuación, todo quedó en una ilusión luego de que el TC emitiera el precedente vinculante en el expediente N° 0002-2010-PI/TC, en el que resolvió que el CAS era constitucional y especial privativo del Estado, añadiendo que este sería un tercer régimen laboral en el Perú.

Es por ello que, hasta la actualidad, las entidades estatales tienen al CAS como única forma de contratación, surgiendo así, climas de tensión, entre los servidores públicos y el Estado. Fue por ello que, en el anterior gobierno nacional de turno, se emitió la Ley 29849, en la cual se estableció su eliminación progresiva, además de otorgar ciertos derechos laborales a los trabajadores adheridos a ella.

1.3.2.5.- Ley del servicio civil. - El tres de julio de 2013, se promulgó la ley 30057, denominada ley del Servicio Civil, a decir de las autoridades que la elaboraron y promulgaron, con esta ley se tiene el objetivo primordial de reformar el empleo en el sector público, profesionalizando los servicios del Estado. Por lo tanto, este nuevo régimen, pretende aplacar el desorden que actualmente tiene el Estado en temas de contratación, remuneraciones, derechos y deberes de los servidores públicos proponiendo otorgar mayores beneficios con equidad y según meritocracia.

Los trabajadores de los Dec. Leg 276, 728 y CAS en los tres niveles de gobierno pasaran a formar parte de este régimen a través de un concurso público de méritos, el

² Es el vínculo Jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla, Sujeción, de un lado, y dirección del, otro, (...) es propia del contrato de trabajo ya que en las prestaciones de servicios regulados por el Derecho Civil o mercantil existe autonomía” (Toyama, 2005)

cual será aplicado de forma paulatina y voluntaria. Dicho traslado no se aplicará para los sectores con regulación especial y actividad especializada, empero, una vez producida la reforma, supletoriamente se aplicarán los principios, reglas disciplinarias e incompatibilidades del nuevo régimen.

Como dijimos, este nuevo régimen se implementará de forma gradual, para ello una primera fase, es que las entidades públicas tendrán que hacer una reestructuración interna a fin de determinar el número total, los niveles y segmentos de sus trabajadores, proscribiéndose toda práctica de despido o reducción del número personal, y de darse el caso, las plazas existentes de los trabajadores despedidos quedaran abiertas para su posterior cobertura, para todo ese procedimiento y del traslado de los trabajadores al nuevo régimen se estimó una duración de seis años venciendo este plazo el 2019.

Si bien, el referido traslado al servicio civil resulta tenso para los trabajadores por razones como; la posible pérdida de sus derechos o beneficios, la norma indica que los servidores públicos conservarán sus derechos y beneficios laborales ya adquiridos, a excepción de sus compensaciones económicas, las cuales se fijarán según el puesto y al mérito que estos alcancen.

En esa misma línea, la norma en comento presenta como beneficios, elevar los ingresos remunerativos y permitir al trabajador alcanzar a tener incluso una estabilidad laboral, de esta manera se incentiva su constante crecimiento, lo cual se espera, repercutirá en elevar la calidad de los servicios que brinda el Estado. En contrapartida a esos beneficios, se realizarán evaluaciones anuales, las cuales se encuentran concebidas como mecanismos de medición de su desempeño y buscan que el trabajador se capacite y mejore permanentemente, fortaleciendo al servidor en su desenvolvimiento y conocimiento según el puesto en que se encuentre, por lo tanto, estas capacitaciones serán brindadas tanto por la misma entidad como podrán ser adquiridas de forma particular, de tal manera que, en caso de no aprobar dos evaluaciones continuas será causal de cese.

Finalmente se garantiza la estabilidad laboral, sobre la base de sus propios méritos, lo cual permitirá al estado tener continuidad y sostenibilidad en sus políticas públicas. Por lo tanto, existen altas ventajas de estabilidad para los CAS y se les respetará tal derecho para los servidores que ya cuentan con ella.

1.4.- POSICIÓN DEL ESTADO FRENTE AL CAS: En este apartado podremos observar las diversas posiciones que tienen las más altas instituciones del Estado, las cuales mediante la emisión instrumentos legales se han pronunciado, demarcando así sus posiciones. Para este trabajo hemos considerado pertinente convocar las posiciones del TC, Poder Judicial, Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, debido a que ellas son las instituciones que tienen el poder de encaminar o modificar la normatividad existente respecto del CAS.

1.4.1.- EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE AL CAS. – En el presente apartado observaremos, la preferencia de este máximo tribunal, hacia los intereses del Estado y/o de los gobiernos de turno, que incluso emite resoluciones contrarias a su propio predicamento jurisprudencial en materia laboral de férrea defensa a los derechos laborales, por lo tanto, podemos inferir que el TC, no ha cumplido su rol característico de garante de los derechos fundamentales de los trabajadores CAS, por el contrario, ha ocupado una posición contraria a ellos.

a) Sentencia del tribunal constitucional en el expediente N° 0002-2010-PI/TC CAS. – El 7 de setiembre de 2010 el TC resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos contra del CAS (Decreto Legislativo N° 1057, 2008) en el Exp. N° 0002-2010-PI/TC, cabe señalar que la referida sentencia, tuvo que ser aclarada mediante la resolución del 16 de octubre de 2010.

Nuestro análisis parte de los fundamentos de la mencionada sentencia, como podemos observar el TC señala a detalle, todos los derechos regulados por el CAS, refiere además que, a la sola suscripción del contrato de trabajo ya se evidencia una “relación laboral”³ (Proceso de Amparo, 2005), inclusive subraya que este contrato “tiene las características de un contrato de trabajo y no de uno administrativo” (Caso CAS TC, 2010)

Al respecto resulta sorprendente que el TC haga tal afirmación, pues de esta manera este ente supremo constitucional, reconoce que el CAS desde su inicio fue un contrato laboral, lo cual implicaría que los contratados bajo este régimen deberían gozar de todos los beneficios que la normatividad laboral les otorga. Ahora bien, resulta claro que el TC solo le otorga dicha calificación porque la norma concede ciertos derechos al trabajador, pero no lo hace por la naturaleza misma de la relación, lo cual resulta nefasto, ya que “resulta carente de toda lógica jurídica, regular una prestación laboral fuera del manto protector del Derecho del Trabajo, siendo equivocado que el TC únicamente se remita al contenido del CAS para considerar su carácter laboral” (Puntriano. 2010) y no analice todo el bloque de constitucionalidad, conforme es su obligación.

En el fundamento jurídico 31 de la sentencia, se advierte que el CAS puede ser considerado como un “régimen laboral independiente” (Caso CAS TC, 2010), es decir, “no es adscrito, ni al régimen del sector público, ni al régimen del sector privado” (Cavali, 2010), por lo tanto, a palabras del TC, es un tercer régimen laboral distinto, por su carácter “especial”, tan solo por el hecho que el CAS posee un acceso al trabajo, diferente al de los contemplados en los otros regímenes; vale decir, concurso público (en el régimen público) y contrato laboral (en el sector privado).

³ “El contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en forma subordinada a cambio de una remuneración (Proceso de Amparo, 2005)

En este punto, la discrepancia es mayor debido a que, “la justificación de un régimen especial laboral, pasa por la existencia de circunstancias objetivas que diferencien las actividades que este contiene, a partir de las cuales es admisible una regulación distinta a la presentada en el sistema general” (Neves, 2005), y contrastando ambas posiciones, podemos apreciar que el CAS no tiene ninguna característica para ser considerado especial, por lo tanto, no existe ninguna justificación objetiva que faculte una diferenciación entre los trabajadores de nuestro país, a más de los ya existentes, que son los regímenes del sector público y privado, los cuales se encuentran vigentes y expeditos para ser aplicados para la contratación de personal en el Estado.

Por la madurez del debate, hoy en día podemos afirmar categóricamente, que todas las labores realizadas por las personas contratadas bajo el régimen del CAS, son siempre realizadas de manera dependiente o subordinada, agregando que dichos servicios son prestados de forma personal y a cambio de una remuneración. Con ello aseguramos la existencia de los tres aspectos configurativos de toda relación laboral lo cual también lo sostiene el mismo TC y es por esta razón que lo denomina literalmente como un “contrato laboral”, empero al ser considerado “especial” no se crea un vínculo, Estado – trabajador, esquivando así la obligación de otorgarle la totalidad de derechos laborales que les corresponden.

b) Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 3818-PA/TC caso leal Maytahuari, “fin de la protección procesal a los trabajadores CAS”.- Algunos aspectos que nos parece convenientes de comentar, es por un lado, que en este proceso de amparo, se resuelve el hecho que un trabajador que laboró para el Estado mediante SNP, a la suscripción del CAS renunciaba al derecho de demandar la condición fraudulenta en la cual prestaba sus servicios, y ello bajo el argumento que la suscripción del CAS, por ser un contrato independiente pero sucesivo del anterior, convalidaría tal fraude.

La referida línea argumentativa de convalidación del fraude provocado por los contratos SNP, resulta claramente vulneratorio del principio de irrenunciabilidad de derechos, ya que, no es posible sostener que un trabajador sea impedido de reclamar mediante la vía que estime por conveniente el menoscabo de otros derechos afectados en un periodo anterior.

En ese orden de ideas, esta sentencia pese a mencionar textualmente que el CAS, por ser una relación laboral, “le correspondería acceder a la eficacia restitutoria del proceso de amparo” empero, dicha restitutoriedad no puede aplicársele debido a que se desnaturalizaría su esencia misma, debido a que este régimen laboral, es especial y transitorio, además que los contratos suscritos por los trabajadores tienen un plazo determinado y “la finalidad político-social del mismo, es iniciar el proceso de reforma y reordenamiento del servicio civil”.

Ante ello debemos de recordar, que debido a la abrumadora similitud que existe con el régimen del Dec. Leg. 728, el TC en la sentencia 002-2010-PI/TC le asigna al CAS la calidad de régimen laboral, entonces, al contrastarla con la sentencia en comento, resulta contradictorio sostener que el trabajador CAS no pueda acceder al amparo restitutorio, pudiendo únicamente demandar la indemnización por despido arbitrario ante la justicia ordinaria, bajo el argumento de que así lo establece el art. 13.3 del reglamento del CAS, y “no se podría reponer a un trabajador que tiene un contrato a plazo determinado, por lo tanto solo procede indemnizarlo por la afectación sufrida”.

Tal justificación del TC, también resultaría ser vulneratoria del derecho de acción, en su vertiente del derecho de acceso a la justicia, decimos ello debido a que, el proceso de amparo es el único que de forma eficaz y célere, puede poner las cosas al estado anterior de su afectación, por lo tanto, este no puede ser negado para los trabajadores que se ven afectados por un despido arbitrario, además se debe tener en cuenta que, “ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (art. 139.3 Constitución), recordemos además que tal derecho tiene carácter de derecho fundamental.

c) El precedente vinculante Huatuco y el CAS. - En este caso se establecieron las siguientes tres reglas copulativas, aplicables para las demandas y los procesos en trámite que buscaban la reposición del trabajador: 1) Que su contratación sea a plazo indeterminado, 2) que la plaza en la que laboran sea una plaza presupuestada, y 3) que cuando ingresaron a laborar lo hicieron por concurso público (caso Huatuco, 2015), Obviamente de no cumplirlas las demandas serían declaradas improcedentes, siendo la vía ordinaria la adecuada, pero solo para peticionar la indemnización.

Como podemos advertir, el precedente Huatuco elimina explícitamente la reposición o reincorporación laboral, por la causal de desnaturalización del contrato de trabajo de los trabajadores del sector público, por lo que, a diferencia de los trabajadores de la actividad privada, los primeros no podrán elegir entre la pretensión restitutoria - reposición- o resarcitoria -indemnización-, sino únicamente podrían demandar solicitando la segunda opción. Además, también se vulneró el principio de primacía de la realidad y finalmente en una evidente inversión de roles, es el trabajador quien debe acreditar los mencionados tres requisitos, hecho por demás irrazonable puesto que, en principio, es el empleador quien debería acreditar que el vínculo laboral que mantiene con el trabajador, no cuenta con los tres básicos elementos de un contrato laboral general.

Por tanto, concluimos que la sentencia de caso Huatuco contraviene preceptos constitucionales básicos, ya que hace una interpretación de la Constitución bajo los lineamientos de la Ley, y la forma correcta es, que el análisis y la interpretación jurídica es de modo contrario, vale decir que la ley se analiza conforme a la Constitución

añadiendo a esta reflexión que además existe una seria desigualdad en el tratamiento de los deferentes sistemas laborales respecto de sus posibilidades de demanda

d) La flexibilización del precedente Huatuco. - en fecha 23 de junio de 2016 el TC emite la sentencia N° 06681-2013-PA/TC. Denominado Caso: Cruz Llanos, que si bien, pretende “proteger” el bien jurídico protegido de la carrera administrativa, va más allá y relativiza de sus alcances del Precedente Huatuco:

Así, el TC en esta sentencia refiere que “solo será aplicable dicho precedente cuando se presenten los siguientes elementos 1) el caso se refiera a la desnaturalización de un contrato que puede ser temporal o de naturaleza civil, a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente; y, 2) debe pedirse la reposición en una plaza vacante, presupuestada y que forme parte de la carrera administrativa, al cual corresponde acceder por concurso público de méritos” (Caso Cruz Llanos TC, 2016).

Como podemos observar el TC reflexiona respecto del precedente Huatuco y realiza un redimensionamiento de los alcances de este, manteniendo su postura de resguardar los intereses estatales, frente a los derechos de los trabajadores y a ello nos referimos cuando indica, que no procede la reposición en una plaza que pertenece a la carrera administrativa a la cual solo se puede acceder a través de un concurso público, más aun que se encuentre vacante y que previamente deba ser presupuestada (Caso Cruz Llanos TC, 2016), entonces ahora que se tiene el CAS como régimen laboral privativo del Estado la pregunta cae por su propio peso, ¿existen plazas a las cuales no se ingresen por concurso público? No, pues las entidades estatales, deben de realizar concursos públicos de selección, porque así lo manda el CAS, por lo tanto, la referida desigualdad continua vigente.

Además, recordemos que se deben cumplir otros requisitos, -pese a la llamada flexibilización- es decir, que también debe de existir, la desnaturalización del contrato laboral o que esta sea de naturaleza civil, donde, presuntamente se haya encubierto una relación laboral permanente. ¿Existe acaso, en las entidades del estado, trabajadores que mantengan vinculo civil? pues nuevamente la respuesta es negativa ya que, por sendas directivas, oficios circulares y de más documentación similares, se ha ordenado que la única forma de contratación para el ingreso de personal en las entidades del Estado es mediante CAS. Distinción que se realiza en vista a que en la actualidad existen trabajadores bajo el Dec. Leg. 276, trabajadores de confianza mediante Servir, los que ya accedieron al nombramiento o el vínculo de trabajador permanente por sentencia judicial de reposición. Aclarando, que también en el Estado existen trabajadores vinculados por contrato laboral Dec. Leg. 728, que no es el caso que nos ocupa, pero que forman parte de este debate respecto de la igualdad.

e) Criterio del TC frente a la prórroga automática. “reponer o indemnizar”. – Se tiene el caso donde, el demandante fue un trabajador CAS, el cual acreditó que prestó sus

servicios dos días más, luego de la culminación de su contrato de trabajo. Frente a la controversia de que, si procedía o no una renovación automática o que tan solo le correspondería una indemnización, el TC advirtió que se había configurado una "laguna normativa" por lo que, se tendría que completar dicho vacío legal, con los alcances que tiene dicho régimen. Fue así que el TC estableció como regla: "Que el contrato laboral en la modalidad de CAS, se prorrogaría automáticamente; si el trabajador, continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato" (Caso Leal Maytahuari TC, 2010), empero, dicha prórroga no se convierte en un contrato de duración indeterminada. porque el reglamento del CAS señala, que la duración del contrato no puede ser mayor al de un año fiscal". Es por ello que, la prórroga del contrato ya vencido, sería máximo por un plazo de un año.

No obstante, a ello, en esta sentencia se hace una desvinculación entre los términos "restitutoria" (reinserción al centro de trabajo) o "restitutiva" (indemnización) cuando sucedan este tipo de situaciones, dicha doctrina jurisprudencial servirá para ubicar al operador jurídico y al mismo trabajador que, lo único que puede pedir al ser despedido durante el periodo de prórroga será la indemnización, mas no la reposición. Por lo tanto, la sentencia en comento establece que, si un trabajador labora días o meses después del tiempo estipulado en su contrato, se generaría el derecho de que este siga trabajando por un año fiscal adicional; y si acaso en ese periodo el estado despide al trabajador, este despido sería considerado despido arbitrario y tendría derecho a una indemnización por los meses dejados de percibir, pero solo el equivalente a un máximo de dos meses.

Retomando específicamente el punto de la prórroga automática, una sentencia del TC de data más reciente establece que, la "prórroga automática del CAS" no sería compatible con nuestro régimen constitucional, pues no protege los derechos del trabajador como parte débil de la relación laboral; por el contrario, dice sería utilizada a favor del empleador, siendo lo que justamente la Constitución en sus artículos 1º y 26º busca equiparar, en virtud del principio de "igualdad compensatoria" (Caso Pezo Cotrina TC, 2013), por lo tanto, un trabajador que labore sin contrato, debería pasar indefectiblemente a formar parte de la planilla de la institución, ello a través de la premisa que todo trabajador debe contar con su contrato laboral vigente, caso contrario, se presume que forma parte activa de su empleador de manera permanente. Aclarando que, debido a la especialidad del CAS, se exige que cumpla determinadas formalidades, siendo una de ellas la escrituralidad, es decir, no podría existir el CAS de forma verbal

1.4.2.- EL PODER JUDICIAL FRENTE AL CAS. - El Poder Judicial, en un afán de proteger a la parte débil del vínculo laboral, desde antes de la constitucionalización del CAS, se caracterizó por utilizar los principios del Derecho Laboral, como el principio de "primacía de la realidad", para proteger y promover la adecuada defensa de los

derechos de los trabajadores de este régimen. Tal defensa de los derechos del trabajador CAS fue tan fuerte, que incluso encontró las salidas jurídicas como la tesis de desvinculación de los precedentes del TC para impartir justicia y acogiendo las pretensiones del trabajador se llegó a ordenar la restitución del trabajador a su centro de labor, como veremos a continuación.

La primera demanda registrada contra el CAS fue el proceso de amparo N° 1703-2008 ante la Sala Civil de la Corte Superior de Cajamarca, en él, se analizó el despido de una persona que tenía vínculo laboral mediante CAS con el Instituto Nacional de Cultura de Cajamarca, la Sala en mención resolvió confirmando la sentencia de primera instancia, que en su oportunidad, bajo el principio de primacía de la realidad había declarado fundada la demanda, por lo tanto, se ordenó la reposición del demandante en su centro de labor y en las funciones que realizaba..

En el mismo sentido el segundo proceso de amparo contra el CAS se verificó en el Expediente N° 097-2009 por la Sala Mixta Itinerante de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín. Del mismo, se demandó que se declare nulo el despido de un trabajador mediante carta enviada por la Municipalidad Provincial de Rioja. Fue así que la Sala confirmó la sentencia que declaraba fundada la demanda declarando nulo el despido mediante carta, consecuentemente, se ordenó la reposición del demandante en su centro laboral.

Otro de los casos, con una resolución similar fue, la dictada por la tercera Sala laboral de la Corte superior de Justicia de Lima, en el Expediente N° 6508-2009 donde el trabajador pedía ser reconocido como trabajador del programa de desarrollo productivo agrario rural y en consecuencia se le pague los beneficios sociales que le correspondían, fue así que, la Sala confirmó la sentencia de primera instancia, inaplicando el régimen CAS por ser contrario a la Constitución, y por lo cual resuelve declarando fundada la demanda acogiendo todas sus pretensiones.

Otro de los casos en ser analizados fue, el expediente 182-2009-Tumbes, donde la demandante quien era secretaria de la Universidad Nacional de Tumbes, demanda a dicha universidad en vía contencioso administrativo, con la finalidad de que sea restituida en su centro de trabajo en el cargo que ocupaba, El PJ basado en el principio de primacía de la realidad demostró que se cumplían con los tres elementos de la relación laboral, por lo cual restituyó a la demandante a su centro de labor. (Caso Ramirez, 2009)

En el caso bajo comentario, el Poder Judicial ampara al trabajador, porque, la entidad pretendía burlar los marcos de la contratación laboral, utilizando una forma distinta de contratación a la verdaderamente establecida por ley, como es el caso de utilizar la ley de contrataciones y adquisiciones del estado, la cual se encuentra vedada para la contratación de personal. Por lo tanto, a palabras de la sentencia, “cualquier forma de eludir una verdadera contratación laboral contraria a la realidad de los hechos serán

argumentos suficientes para respaldar la restitución del trabajador despedido”, (Caso Ramirez, 2009). Con ello, se evidenciaría que, los trabajadores CAS en esencia son trabajadores estatales, pero con garantías del contrato laboral del sector privado.

Otro de los casos relevantes para el desarrollo de la vertiente jurisprudencial del PJ es el resuelto en el Exp. 719-2010 en este establece, que “si bien ha proveído beneficios sociales para los trabajadores, estos han sido determinados en forma diminuta en comparación a los derechos reconocidos por el Decreto Legislativo N° 728. lo cual afecta el principio-derecho de igualdad ante la ley, aspecto que ha sido puesto en relieve por la jurisprudencia laboral” (Caso Crispn Viuda De Prado, 2012). En esta sentencia se hace una comparación real entre ambos regímenes, orientando directamente a la igualdad de que debe regir entre personas que realizan labores exactamente iguales, utilizando para ello el principio-derecho a la igualdad, argumento por demás sólido, que demuestra que nuestra dirección hacia la convencionalización del CAS es la adecuada.

a) Criterios de desvinculación del precedente Huatuco. - El PJ, ha tenido diversas posturas y todas en contra de dicho precedente, dentro de ellas, la más resaltante es la sentencia expedida en el Exp. N° 27013-2013 en el cual decidió apartarse, a través de la técnica jurídica procesal del “distinguishing”⁴. En este caso se establece, que dicho precedente, vulnera el derecho a la igualdad entre las personas y más aún entre trabajadores, pues “resulta evidente la desprotección de los derechos de los trabajadores del sector público. Asimismo, se evidencia la inobservancia de los principios del Derecho Laboral y la afectación de los derechos de los trabajadores ciertamente constituye una afrenta a la dignidad del trabajador principio-derecho garantizado constitucionalmente” (Caso Vilca Vilca PJ, 2015).

En ese mismo sentido se tienen los Expediente N° 27013-2013 y N° 24951-2013, donde en ambos se resolvió la convalidación de la situación laboral de los trabajadores, por la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado, bajo el principio de primacía de la realidad, ello cuando el trabajador se encuentra laborando sin contar con el correspondiente contrato de trabajo, (prórroga automática)

También, tenemos lo vertido en la sentencia de los Expedientes N° 23565-2013 y N° 24951-2013 donde se establece que no es aplicable las reglas del caso Huatuco, cuando la entidad demandada sea una de las instituciones excluidas por la Ley Servir, o sea, una empresa del Estado, que no está comprendida en la función pública por expresa mención del artículo 40 de la Constitución. Debemos señalar que estos criterios

⁴ Es una técnica establecida por el TC para apartarse de un precedente se da en el supuesto que el caso concreto no es similar al caso del precedente por lo que se distingue o diferencia en su resultado final -sentencia- dicho de otro modo, el hecho concreto que sirvió para emitir el precedente vinculante, no se presenta en el caso concreto a resolver, por lo cual la sentencia final evidentemente será distinta a lo que el precedente estableció en su momento.

fueron recogidos con posterioridad por la Casación Laboral N° 12475-2014 que veremos más adelante.

Finalmente, debido a las constantes discrepancias con el precedente Huatuco, donde los magistrados utilizando su atribución de independencia y fortaleciendo las técnicas procesales para apartarse de precedentes emitidos por el TC, se emite la casación N° 12475-2014 Moquegua, donde se establecen seis razones o fundamentos por los cuales no se aplicaría el precedente Huatuco, y estos son:

- a. Pretensiones de Nulidad de Despido, previstos en el Art. 29° del D. S N° 003-97-TR, TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Es decir, no aplica el precedente Huatuco a los despidos discriminatorios (por embarazo, por Libertad Sindical, o ejercicio de la Tutela Efectiva, Etc.).
- b. Casos de trabajadores estatales sujetos al régimen laboral de la carrera administrativa DL 276 ó Ley 24041.
- c. Casos de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada - DL 728.
- d. Casos de trabajadores sujetos al régimen del Contrato Administrativo de Servicios – CAS.
- e. Casos de funcionarios, políticos, funcionarios de dirección o de confianza a que se refiere el Art. 40° de la Constitución.
- f. Casos de trabajadores estatales excluidos del ámbito de la Ley del Servicio Civil, señalados en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 30057 (Caso Valencia Llamoca PJ, 2015)

Como se puede apreciar, el acápite “D”, orienta el tema que nos ocupa, siendo ello así, podemos claramente señalar que el PJ establece como regla para los jueces de diversa jerarquía, que en casos donde el demandante sea un trabajador CAS, su demanda deberá ser -por lo menos- admitida a trámite, para efectuar la adecuada valoración de cada caso en concreto, emitiéndose las correspondientes sentencias acogiendo o no, los respectivos petitorios. Pero desde ya, esto permite al demandante CAS, que su petición sea analizada en sede judicial, sin mediar restricción o requisito adicional alguno.

Lo vertido anteriormente, se complementa con otras casaciones como la emitida en el Exp. 11169-2014-Lima, donde se establece además “que tampoco se aplicaría el precedente Huatuco, en los casos que el trabajador manteniendo un vínculo laboral vigente con la entidad, demanden la desnaturalización de su contrato y así logren convalidar su contrato vigente, que en la realidad pertenece al régimen privado correspondiéndole los derechos que ese régimen le asiste” (Caso Arévalo Vela PJ, 2014)

Como observamos, la posición del PJ siguió una única línea jurisprudencial hasta alcanzar el nivel casatorio vinculante, de tal suerte que, podemos advertir la prolija y única visión de protección que tiene el PJ frente al CAS, hecho este que nos hace pensar que el PJ al tener una convicción más especializada en temas laborales, es un soporte sólido para la presente investigación.

1.4.3.- EL PODER LEGISLATIVO FRENTE AL CAS.- Como podremos advertir a continuación, el primer poder del Estado, desde el año 2012 mantienen una postura firme respecto de este régimen laboral, la cual es sin duda su eliminación completa, tanto es así que, en uso de sus atribuciones conferidas por la Constitución, ha emitido hasta el momento dos leyes en contra de este régimen, de las cuales la primera por un lado busca su eliminación, y la otra traslada de régimen laboral a los trabajadores de una institución, como veremos seguidamente.

No obstante, cabe añadir que, en el parlamento se encuentran otros tantos proyectos de ley, que buscan alcanzar bajo otros diversos argumentos, el mismo objetivo de la eliminación de este régimen, los cuales desarrollaremos en la siguiente sección de la presente investigación.

a) Ley N° 29849 establece la eliminación progresiva del régimen especial del decreto legislativo 1057 y otorga derechos laborales. - En una entrevista que se le hace al Dr. Ricardo Herrera, él argumentó respecto del todavía proyecto de ley N° 666 que, éste era “positivo (...), pues, se trata de un avance en el reconocimiento de los derechos laborales del 40% de trabajadores del sector público. Sin embargo, precisó, que estos trabajadores no gozarían de los derechos a la compensación por tiempo de servicios (CTS) ni a las utilidades” (Gastañadui, 2012).

Fue así que, el día 6 de abril de 2012, se promulgó la ley bajo comento, donde se establecía: “que la derogación del Decreto Legislativo 1057, se producirá de forma gradual, con la implementación del nuevo régimen del servicio civil, en el cual, se seleccionaría al personal del Estado a través de concurso público” (Comercio, 2012), y además a los ya contratados, se les otorgaría los derechos del régimen de la actividad privada exceptuando -claro está- el pago de “utilidades”⁵ (Puntriano, 2014). Debido que a estas son un derecho únicamente dispuesto para los contratados bajo el régimen de la actividad privada.

Un aspecto que también generaba interpretaciones distintas, era el tema de la extinción del contrato laboral, fue por ello que el artículo 10 de la ley 29849 establece, los motivos específicos por los cuales el contrato de trabajo se extinguiría, y si acaso se diera una resolución arbitraria o injustificada, el Estado estaría obligado al pago de una indemnización equivalente a tres remuneraciones.

⁵ El reparto de utilidades es obligatorio para las empresas que generen rentas netas de tercera categoría, es decir, si no tienen pérdidas

Y por último se dispuso, que el régimen tributario del CAS continuaría siendo de cuarta categoría, lo cual consideramos que es incongruente ya que un trabajador que se encuentra en planillas y además que recibe boletas de pago, debería estar inmerso dentro de la quinta categoría.

b) Ley 30555. Ley que incorpora al régimen laboral del decreto legislativo 728 a los trabajadores profesionales, no profesionales, asistenciales y administrativos de Essalud que se encuentran bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios. - En el presente apartado observaremos, como es que, el Poder Legislativo reforma las reglas en cuanto al tipo de contratación de una institución pública, ya que, mediante ella, se estableció que los trabajadores de Essalud que se encontraban bajo el régimen CAS pasen a ser contratados bajo el régimen del Dec Leg. 728; es decir, se produjo la laboralización de su forma de contratación.

La ley en comento, establece ciertos parámetros como: “a) El beneficiario de esta ley, debe estar trabajando de manera continua mínimamente por dos años hasta la fecha de la promulgación de su reglamento. y b) Haber accedido a un puesto laboral en Essalud, mediante un concurso público que cuente con las correspondientes etapas de evaluación” (Ley 30555, 2017). Como comentario al respecto podemos referir que estos parámetros son mínimos; por lo tanto, estamos convencidos que todos los trabajadores CAS podrían fácilmente acogerse a esta ley y así obtener los beneficios del régimen privado.

La justificación que el congreso expuso, para adoptar esta medida fue la forma especial de la modalidad de su régimen, y además que no se afectara los recursos del Estado sino los propios recaudados por Essalud, evidentemente ello no justifica la inequidad que ahora entra en debate a raíz de esta ley, en el entorno del sector salud de nuestro país, ya que, si bien esta ley marca un hito para la contratación laboral para el Perú, también se advierte una desigualdad con visos de discriminación tangible, y a ello nos referimos porque, en primera línea las leyes se crean para toda la nación y no solo para un sector de ella, además ¿los trabajadores de la salud pertenecientes al Ministerio de Salud, cumplen y realizan las mismas funciones que los de Essalud? La respuesta evidentemente es afirmativa, por lo tanto, resulta irrazonable tal diferenciación, incluso podemos decir que, esta ley debió albergar a todo el sector salud, sin mediar diferencia alguna.

Sin embargo y pese a las observaciones que pudiera tener, estamos seguros que esta ley, marcará un precedente importante para que los trabajadores de los diferentes sectores logren variar su situación laboral, bajo un mismo régimen laboral con todos los beneficios.

1.4.4.- Posición del Poder Ejecutivo frente al CAS y su eliminación. - Si bien se puede advertir el ánimo por parte del Ejecutivo de la eliminación del CAS, es también conocido que, se resiste al hecho de albergar una fórmula de traslado de los trabajadores a uno

de los dos regímenes ya existentes, e incluso se observa la pasividad con que toca el tema de la implementación de régimen del servicio civil. Y a decir de sus representantes ello se debe a algunos problemas de índole legal y presupuestal como a continuación detallamos.

Según algunos representantes del Poder Ejecutivo, la rigidez laboral bajo los regímenes del Dec. Leg. 276 donde se reconoce la estabilidad laboral casi absoluta del trabajador, salvo la excepción del despido por motivo disciplinario y del Dec. Leg. 728 donde se establecen causales de despido o la figura de indemnización por despido arbitrario, - comentario aparte- no obstante que para este último régimen el TC ya dejó establecido que el despido arbitrario no amerita solo una indemnización, sino también la reposición del trabajador, ello ha evitado que el Estado utilice estos modelos laborales.

Además de determinados sobrecostos que han obligado al Estado a la creación de diferentes modalidades de contratos, los cuales tienen la peculiaridad de ser necesariamente temporales, así hoy tenemos a los servicios no personales (SNP) y al CAS, los cuales, si bien no representan una reforma enfocada a la modernización del sector público, pero permite la flexibilidad en la contratación y despido.

Con respecto propiamente a la eliminación del CAS, o dicho de otro modo, al traslado de los trabajadores CAS a uno de los dos regímenes previamente referidos, Adriana Mindreau directora general de gestión de recursos públicos del Ministerio de Economía y Finanzas, indica que el “principal problema del proyecto de ley sería que el traspaso de trabajadores al régimen 728 no se daría en el contexto de una justa carrera meritocrática para la incorporación de funcionarios a la planilla del Estado” (El Comercio, 2017). como si lo establece la ley de servicio civil donde se tiene en cuenta la meritocracia, las evaluaciones y los requisitos establecidos para la contratación.

Por su parte, para el exministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Alfonso Grados, se debe considerar, además, el tema económico estatal, ya que, el proyecto de ley que busca el traslado de los trabajadores del CAS a los otros regímenes, generaría un costo que no se encuentra previsto en el presupuesto de ninguna institución pública, y que pese a que en la exposición de motivos del proyecto, se establece que no irroga gasto al erario nacional, tan solo se debería estimar el costo de la propuesta, “se puede tomar la experiencia de la Ley 30555, donde para el traslado de 12.000 trabajadores de Essalud, al régimen del Dec Leg 728, se tuvo que disponer de 260 millones de soles adicionales, por lo tanto. el costo económico de este nuevo proyecto de ley, sería muchísimo más elevado, pues involucra 23 veces más trabajadores” (El Comercio, 2017).

Añadiendo, refiere que se deben de tomar en cuenta los gastos adicionales por CTS, gratificaciones, asignación familiar y escolaridad que se contemplaran de forma anual, es decir, el costo de “la planilla pública aumentaría entre 25% y 30%, es decir, por lo

menos S/2 mil millones adicionales por año, lo que equivaldría al presupuesto que se utiliza en los programas sociales juntos y pensión 65". (El Comercio, 2017)

Con estas manifestaciones de los entendidos representantes del Poder Ejecutivo, resulta claro que la posición de este poder del estado, es completamente negativa a la eliminación por lo menos pronta del CAS, amparándose únicamente a que lo único viable es la implementación del servicio civil, empero como ya lo dijimos, este tampoco tienen el empuje necesario para ser puesto en práctica, con ello llegamos a la conclusión, de que este poder del estado no tendrá o realizará una verdadera solución de la problemática CAS.

Finalmente, siendo abril del 2018 tenemos un nuevo Presidente de la Republica y también un nuevo gabinete ministerial, presidida por el congresista Cesar Villanueva Arévalo y al no haberse pronunciado aún sobre este aspecto, para nuestra investigación, mantendremos vigente la posición anteriormente señalada, tanto más que, como veremos en la parte final de la presente, se encuentra un proyecto de ley en camino de su debate en el pleno del Congreso de la República.



SEGUNDO CAPÍTULO

DEBATE EN TORNO A LA CONTRATACIÓN LABORAL PÚBLICA

En este capítulo, pretendemos exponer, como es que se ha desarrollado el debate jurídico social en torno al CAS, de tal manera que verificaremos e interpretaremos las posiciones que tienen los sectores jurídicos en nuestro país, vale decir analizaremos y comentaremos como es que, la doctrina, la jurisprudencia y nuestras autoridades ven a este tipo de contrato laboral, ello para justificar nuestra posición final

De tal manera que verificaremos, como es que, la doctrina en nuestro país analiza el tema CAS, y más aún realiza comentarios de cómo es que este contrato de trabajo tiene sus especiales características, al respecto de los cuales argumentaremos nuestra posición, de este modo ya nos perfilaremos hacia hallar justificación sobre nuestro tema.

En esa misma línea, analizaremos la jurisprudencia vertida tanto por el PJ y el TC, de tal forma que cada aporte que consideremos valioso para sostener nuestra posición será desarrollado a profundidad, bajo nuestros propios argumentos, demostrando así que la unión de todo lo vertido sobre el CAS por los entes que imparten justicia en nuestro país, tienen importantes posiciones que justifican nuestro trabajo.

2.1.- POSICIÓN DE LA DOCTRINA PERUANA SOBRE EL CAS. - Como ya mencionamos, en este apartado utilizaremos lo vertido por algunos autores respecto del CAS desarrollando su normativa, a ello nuestro aporte será el comentario de dicha doctrina para así establecer claramente lineamientos doctrinales fácilmente perceptibles con la finalidad de exponerlos y contrastarlos con lo que los derechos humanos dicen de ellos.

Dicho ello, debemos de partir describiendo al CAS como norma jurídica, vale decir centrándonos puntualmente en ella precisando sus detalles normativos así tenemos.

2.1.1.- Antecedentes. - La doctrina especializada, concuerda que como punto de partida o antecedentes del CAS, se tienen al Dec Leg N° 276, así como a la ley N° 26850 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado que fuera modificada por la ley N° 28267, y su reglamento N° 039-98-PCM que fue derogado por la sexta disposición final del Decreto Supremo 013-2001-PCM, que a su vez fue derogado por el Decreto Supremo 084-2004-PCM y las normas de austeridad implantadas por el gobierno de turno desde los años noventa .

Como ya esbozamos en la sección precedente, debido a que las normas citadas dificultaban e imposibilitaban la contratación de personal, el único camino que los órganos del Estado tenían para tal fin, eran los ya conocidos contratos SNP, que es regulada por el Código Civil en su artículo 1764 y se les puede definir como: “un contrato de carácter civil, por medio del cual un profesional y/o trabajador independiente

(locador) se compromete, sin estar subordinado a prestar sus servicios a la empresa o ente jurídico (comitente), para un trabajo determinado por cierto tiempo, en contraprestación de recibir una retribución de carácter pecuniario” (Caso Elvio Nuñez, TC 2005).

Por lo tanto, haciendo un análisis de los SNP, se logró determinar por medio de las sentencias del TC, N° 09831-2006-PA/TC, N° 4840-2007-PA/TC y la N° 099-2008-PA/TC entre otras. Que en aplicación del principio de Primacía de la Realidad; efectivamente ese contrato vulneraba derechos laborales, ya que, resultaba evidente la subordinación, dependencia y la labor permanente que existía de este bloque de trabajadores frente a su empleador el Estado peruano.

2.1.2.- Análisis preliminar de la definición del Contrato Administrativo de Servicios.- Partiendo de la misma ley de su creación, se establece que, este contrato, es propio del derecho administrativo y privativo para el Estado y en ese sentido, el artículo uno de su reglamento señala que, es una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural, que presta servicios de manera subordinada, con los beneficios y derechos que esta ley le otorga.

Ahora bien, teniendo en cuenta la definición del contrato laboral que claramente nos dice que “es aquel que en virtud del cual, uno o más personas se comprometen a brindar sus servicios o a ejecutar obras para una persona o empresa bajo la dirección y dependencia a cambio de una remuneración convenida, cualquiera que sea su forma y de las demás contraprestaciones que resulten de la ley, las convenciones y la propia naturaleza del trabajo “ (Gomez, 2000)

Teniendo en cuenta ambas definiciones, podemos referir que ambos contratos son similares, con la única diferencia que el empleador es el Estado y no una empresa privada. Decimos ello debido a que, en ambas modalidades existe un trabajador que presta sus servicios de manera subordinada, en favor de su empleador, por lo que se le retribuye con una remuneración. Es decir, en ambos casos se cuentan con los llamados elementos básicos de la relación laboral.

Por lo manifestado precedentemente podemos, concluir que el CAS como contrato de trabajo tiene rasgos de ser fraudulento, ya que, por un lado, manifiesta que contiene todos los elementos básicos de una relación laboral propiamente dicha, pero, por otro, no le otorga el estándar laboral y tan solo queda en administrativa, por tener como empleador al Estado.

2.1.3.- Análisis doctrinario general de la Contratación Administrativa de Servicios. - Para continuar con el debate, advertimos que la situación jurídica o la naturaleza de los CAS, es completamente sui generis, por lo tanto, resulta ser lo que en doctrina se denomina

como una “labor excluida o no laboralizada” y esto lo decimos porque, es injustamente excluida del Derecho Laboral por mandato legal, pese a contener los elementos base de una relación laboral.

Otra vertiente de la doctrina se inclina a que el CAS propicia un “fraude a la ley” o también conocida como “desnaturalización de la laboralización”, que a manera de conceptualización es, el intento o acto de eludir ilegalmente el Derecho Laboral, utilizando modelos o figuras que son propias de otro tipo de modalidad laboral para encubrir una verdadera relación laboral.

Otro punto de vista de la doctrina frente al CAS es que “este contrato realiza una seria diferenciación, que llega a tener un cierto grado de discriminación” (Huamán. 2010), a tal conclusión se arriba porque, al realizar un análisis de proporcionalidad del CAS, no existiría una razón plausible o por lo menos, que justifique una diferenciación; frente a los trabajadores suscritos a los regímenes del sector privado y/o público.

Además, el CAS resulta diferenciador porque a los trabajadores suscritos bajo este régimen laboral, no se les reconoce la “naturaleza laboral” del vínculo que mantienen, otorgándoles menores derechos y beneficios laborales; y ello no resulta ser constitucionalmente proporcional, (Huamán. 2010)

Por lo visto hasta el momento, la doctrina concluye que este tipo de contratación se encuentra lejos de ser un contrato eminentemente laboral, ya que el trabajador, es contratado para prestar sus servicios por un tiempo y en un trabajo determinado, el cual no se evidencia en el rol que cumple el Estado, porque no se ajusta a la realidad, todo ello en vista a que el aparato estatal no sólo cumple labores permanentes, sino que también realiza labores ordinarias en todos sus organismos.

2.1.4.- Naturaleza jurídica y definición del Contrato Administrativo de Servicios. - Como ya se describió en la primera sección, la normativa legal e infra legal del CAS, pretende definir su naturaleza jurídica como un régimen laboral de la administración pública, utilizada únicamente por el Estado para realizar la contratación de personal, mediante él, sé que vincula a una persona natural con el Estado para que preste sus servicios de manera subordinada, a cambio de una remuneración.

Este contrato, se rige únicamente por las normas establecidas para el derecho público confiriéndole al trabajador adscrito a él, únicamente los derechos, beneficios y obligaciones que establece el Dec. Leg. N° 1057 y su reglamento aprobado por Dec. Sup. N° 075-2008-PCM. Por lo tanto, no se encuentra supeditado, ni vinculado a lo dispuesto, tanto por del Dec. Leg. N° 276, tampoco por el Dec Leg 728, ni por ningún otro régimen de carrera especial.

De lo vertido, se colige que este régimen resulta ser un “contrato laboral del sector privado, utilizado bajo el imperio de las normas del sector público” (Neves, 2010), con el fin de promover la contratación de capital humano en las instituciones del Estado, empero, sin generar mayores derechos o beneficios que los establecidos en su claustro normativo y mucho menos fomentar un vínculo indeterminado, entre el trabajador y el Estado.

En ese orden de ideas, se puede observar que la intención del legislador es crear un contrato, cuya regulación se encuentra supeditada exclusivamente a las normas de derecho público y específicamente, solo a las normas de su creación y regulación, declarando expresamente que no existe, relación con ningún otro régimen laboral, por lo que. “estamos frente a personas contratadas sin patria laboral, pues la normativa que se establece en el CAS pretende alejarlos de la “laboralidad”. (Toyama, 2008).

Frente a esta segmentación arbitraria que hace el CAS, consideramos que lo prescrito en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución tiene gravitante preponderancia, porque, ahí se establece que: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (Constitución, 1993) y como tenemos conocido por la jerarquía normativa que resguarda el Derecho en el Perú, ninguna norma inferior a la Constitución puede desconocer lo que ella manda, de lo contrario, se ingresa al campo de la inconstitucionalidad.

Entonces, surge la siguiente pregunta, ¿el legislador puede desconocer los derechos del trabajador que de manera personal y subordinada presta sus servicios, a cambio de una remuneración, como lo hace en el CAS? Nosotros consideramos que no, por lo tanto, creemos que una norma infra constitucional como el CAS, es inconstitucional porque lesiona el artículo 23 de la Constitución, cuando desconoce la existencia de los tres elementos de una relación laboral y más aún porque limita el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador.

Por lo tanto, consideramos que “un Dec. Leg. que alberga una definición no puede quedar librada al parecer del legislador, además que, tal definición establecida en ley, debe estar necesariamente en concordancia con lo esgrimido en la Constitución” (Huaman, 2010), es decir, el concepto de relación laboral que alberga la Constitución no puede ser atacada por una ley, o sea que, no puede ser desconocida por el legislador.

En ese sentido no tiene relevancia analizar si la relación laboral se establece mediante un acto administrativo o por la celebración de un contrato, lo que verdaderamente se debe proteger, es la naturaleza del vínculo, entre el Estado y trabajador. Que, si bien

es una relación laboral, regulada por normas de derecho público, pero es finalmente una relación laboral.

2.1.5.- Características Contrato Administrativo de Servicios. – Para desarrollar las características que tiene el CAS, la doctrina recopila diversos aspectos, tanto de sus beneficios, como los márgenes dentro de los cuales se rige, así entonces tenemos.

De primera mano, llama la atención el informe técnico N° 130-2014-SERVIR/GPGSC, ya que, en él, se establecen serias diferencias que realiza la autoridad del servicio civil entre, los trabajadores CAS frente a los de la actividad privada respecto del otorgamiento de “Canastas Navideñas”. En él se establece que, la entrega de dichas canastas no se les encontraría permitida ya que ello constituiría un aumento de la remuneración de los CAS, lo cual se encuentra prohibido por las leyes de presupuesto anual, porque en ella se prohíbe el otorgamiento de beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma.

Justifica tal posición, porque el artículo siete del reglamento del contrato CAS establece que la modificación de éste, para disponer algún tipo de incremento remunerativo se encuentra prohibida, por lo tanto, no se les puede otorgar las canastas navideñas a los contratados CAS, pero si procede tal beneficio para los trabajadores sujetos a la modalidad del sector privado.

Otra característica que por cierto pasa desapercibida, es la vertida en informe técnico N° 657-2014-SERVIR/GPGSC, en él, se trata el tema respecto del límite de edad para contratar trabajadores bajo el régimen del CAS, estableciendo que, para el régimen del CAS, no existe disposición que limite la contratación de trabajadores que cuenten con más de setenta años de edad. Como si los tiene los regímenes de la carrera administrativa del Dec Leg 276 y en el régimen laboral de la actividad privada, Dec Leg 728, al considerar como causal de cese o jubilación el alcanzar los 70 años de edad;

Respecto de su campo de acción, este régimen se aplica en todas las entidades del Estado cuyas actividades se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público. Claro está, que ello no es absoluto, porque de manera directa se establece que esta norma no se aplica para las empresas del Estado y a los contratos que tiene el Estado por prestación de otros servicios, siempre que estos se desarrollen de manera autónoma y obviamente que, estos no sean dentro de las locales de la entidad.

Por otro lado, la forma de contratación del personal establece como requisitos, que exista requerimiento del área usuaria y disponibilidad presupuestaria además de cumplir con el procedimiento de concurso público. Donde se tienen varias etapas, desde el trámite de aprobación del requerimiento, pasando por la convocatoria que alberga el cronograma, etapas, mecanismos de evaluación, requisitos mínimos,

condiciones del contrato, lugar, duración y monto de la remuneración, finalizando con la suscripción y registro del contrato ante el Ministerio de Trabajo.

Respecto al periodo de duración del contrato, éste es uno de plazo fijo, que tiene la posibilidad de ser renovado; pero tal renovación no puede ser mayor a un año fiscal, y respecto a la prórroga, establece que se formalice por escrito antes del vencimiento del contrato anterior. Y que cuando el trabajador continúe laborando sin haber suscrito algún tipo de prórroga o adenda, se entiende que el contrato se amplió por un plazo similar al que anteriormente suscribió.

Es el empleador, quien debe comunicarle al trabajador de manera escrita sobre su no prórroga, esta comunicación deberá ser realizada con una debida anticipación de por lo menos cinco días hábiles antes del vencimiento de su contrato. Esta desvinculación laboral, puede ser mediante una decisión unilateral por parte de la entidad, sin que necesariamente se haya transitado por un procedimiento previo; además se tiene que, en caso se produzca un despido arbitrario, el trabajador solo podrá exigir el pago de una penalidad equivalente a dos remuneraciones, sin que se tenga en cuenta que el plazo pendiente de trabajo, sea mayor a los dos meses.

En general, los casos de suspensión del contrato con y sin goce de haber tienen el mismo tratamiento que los demás regímenes laborales,

La jornada laboral semanal es de 48 horas. Se tiene un descanso de veinticuatro horas continuas por semana, es decir, un día de descanso por semana, cabe añadir que, en este tipo de contrato no se contempla el pago por horas extras, tan solo, la compensación con descanso físico por el sobretiempo laborado.

Se reconoce el derecho de vacaciones de 30 días calendario por cada año efectivamente laborado, el cual es remunerado y en el caso de despido o cese previo se realizará el pago de vacaciones truncas.

Los CAS son afiliados automáticamente a Essalud, por lo tanto, suscritos al régimen contributivo para este servicio.

Además, los trabajadores CAS tienen derecho a afiliarse al régimen de pensiones que elijan sea del sistema nacional o del sistema privado.

Las madres tienen derecho a una hora diaria por lactancia conforme a lo previsto en la Ley de lactancia materna N° 27240; así mismo se tiene vigente la licencia por paternidad conforme a la Ley 29409.

Los trabajadores suscritos al CAS tienen derecho a la sindicalización y a la huelga, conforme a la Ley de relaciones colectivas y normas complementarias.

2.1.6.- La forma “*ad solemnitatem*” del Contrato Administrativo de Servicios. - Como recordaremos, en el campo del Derecho Civil, la figura o forma *ad solemnitatem* de los contratos, tiene la finalidad de probar la existencia de un acto jurídico, es decir, solo mediante un documento se permite probar la existencia de un vínculo contractual entre dos partes. En ese entender, en el caso del CAS, el contrato de trabajo es el documento físico suscrito, que es consustancial al vínculo existente entre el Estado y la persona natural, por lo tanto, si este documento se pierde, el acto jurídico se extingue ya que no existiría la manera de acreditar su existencia.

Lo vertido precedentemente, es engarzado en el campo laboral, pero no como sanción de nulidad, por el contrario, ésta se adecua a las reglas del artículo cuarto del TUO de la Ley de productividad y competencia laboral (D.S. 003_97-TR)⁶ en el cual, claramente se señala que no puede existir contrato laboral sujeto a modalidad de manera verbal, y que únicamente se permite esta figura, cuando se tiene un contrato indeterminado.

En concreto, el TC ha dejado establecido, que el CAS debe tener de por medio un contrato suscrito, en un documento físico, de tal manera que, cuando se verifique su ausencia, ello implicaría su inexistencia y, por lo tanto, se presume que el trabajador mantiene un contrato verbal a tiempo indeterminado, como lo manda la ley precitada.

En ese sentido, el máximo intérprete de la Constitución, ordena que no puede existir un contrato CAS de forma verbal. Porque, para este tipo de contratos es requisito *sine quanon*, que, de por medio se suscriba un documento físico, el cual deba ser efectivamente verificable, en tiempo modo y lugar de la prestación de los servicios,

De tal modo que en caso del contrato CAS se ejerce plenamente el principio de legalidad, el cual obliga al Estado a respetar lo que la ley expresamente les permita u obligue, caso contrario, tal omisión será utilizada en favor y provecho del trabajador.

2.1.7.- La Contratación Administrativa de Servicios frente al Principio de Primacía de la Realidad. – Para comenzar a desarrollar este acápite, debemos recordar que dentro del Derecho Civil se establece el aforismo siguiente: “las cosas son, lo que su naturaleza y no su denominación determinan” (Navarrete, 2013), nosotros consideramos ello como la base en la que se sustenta el principio de primacía de la realidad.

Este es un principio muy elemental, que resguarda el vínculo laboral y que hace respetar la realidad de los hechos, por encima de lo esgrimido en el contrato suscrito,

⁶Artículo 4. - En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”. (D.S. 003_97-TR)

entonces, es preciso señalar que siempre primará la realidad de las cosas o de los actos por encima de los documentos o funciones descritas en el contrato de trabajo, “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos” (Plá, 1978)

En esa misma dirección afirmamos que “en virtud de este principio laboral, aun cuando exista un contrato –formalizado por escrito- de naturaleza civil, lo que determina la naturaleza de una relación contractual entre las partes, es la forma cómo en la práctica se ejecuta dicho contrato –preeminencia de la realidad sobre lo estipulado en el contrato”. (Toyama, 2005)

Tales precisiones las ponemos en contexto, debido a que, la posición de la doctrina frente al CAS coincide en que, en base a lo establecido por este principio, el CAS resulta ser fraudulento e ilegal, debido a que, debería ser considerado como un contrato de naturaleza eminentemente laboral, y pese a la existencia de las normas que regulan el CAS donde se dice que debe aplicarse el Derecho Admirativo para resolver sus controversias, dentro de su configuración se presentan todas las características necesarias para determinarlo como uno laboral.

Además, analizando todos los pormenores del principio de primacía de la realidad, no encontramos impedimento alguno para que los operadores jurídicos lo apliquen, y así aunado a sus elementos básicos -como ya se acreditó- establecer efectivamente que el CAS es un contrato laboral, Por ello, la doctrina dice que el CAS en realidad es un contrato laboral, ya que se evidencia las características básicas de un vínculo laboral en sí, por lo cual debe otorgársele al trabajador los derechos y beneficios que efectivamente le corresponde.

En ese sentido, podemos inferir que el Estado, habría creado un contrato laboral atípico únicamente por su conveniencia, lo cual menoscaba los estándares básicos que la Constitución y los derechos humanos permiten, por lo tanto, el Estado al emitir y utilizar una norma que contraviene los lineamientos constitucionales y los propios derechos fundamentales en materia de trabajo que tienen categoría internacional, resulta siendo inconvencional.

2.2.- POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA SOBRE EL CAS. – A continuación, verificaremos diversos pronunciamientos de las instancias judiciales de nuestro país respecto al tema que nos ocupa, como fue en el primer capítulo de la presente entrega, primero centraremos nuestra atención en las resoluciones que el TC emitió, posteriormente verificaremos las del PJ y finalmente las opiniones vertidas por la sociedad civil.

En ese sentido, mostraremos como es que, nuestras autoridades jurisdiccionales no tienen una sola línea discrecional sobre el tema CAS, tanto es así que es posible apreciar contraposiciones muy marcadas al respecto. Nuestra posición como lo refiere nuestro título de investigación busca un soporte jurídico y jurisprudencial del cual estamos convencidos será la del PJ debido a que esta institución alberga instancias especializadas en temas de Derecho Laboral, y más que todo buscan la protección del trabajador en general, utilizando los recursos que el mundo jurídico le ofrece, dentro de ellos los derechos humanos.

2.2.1.- Posición del Tribunal Constitucional frente a la Contratación Administrativa de Servicios. - La presente investigación, tomará como punto de partida la definición emitida por el Poder Ejecutivo, que estableció mediante el Decreto Supremo 065-2011-PCM, ello debido a la sentencia recaída en el expediente N° 0002-2010-PI/TC. Siendo así la detallaremos.

A decir del Poder Ejecutivo este es un “(...) régimen especial de contratación laboral para el sector público, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera subordinada. Se rige por normas especiales y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones inherentes al régimen especial. Teniendo en cuenta esta definición, podríamos determinar que, este contrato se adecúa aún más con un contrato laboral del sector privado, ya que se evidencia la utilización de la palabra subordinación por la de “no autónomo” elemento que era muy discutido desde la promulgación de la norma primigenia.

Es pues, por el consentimiento y lo permisible que fue el TC al referir que este era un régimen especial, que podía subsistir con los demás regímenes; para nosotros, esta no fue más que una adecuación a la política de estado para ese entonces. Es por ello, que al término del mandato la norma fue modificativa añadiendo el siguiente texto normativo.

Al trabajador sujeto a contrato administrativo de servicios le son aplicables, en lo que resulte pertinente, la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público; la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública y las demás normas de carácter general que regulen el Servicio Civil, los topes de ingresos mensuales, la responsabilidad administrativa funcional y/o que establezcan los principios, deberes, obligaciones, incompatibilidades, prohibiciones, infracciones y sanciones aplicables al servicio, función o cargo para el que fue contratado; quedando sujeto a las estipulaciones del contrato y a las normas internas de la entidad empleadora.

No le son aplicables las disposiciones específicas del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, ni las del régimen laboral de la actividad

privada u otras normas que regulen carreras administrativas especiales”.
(Dec. Sup. 065-2011-PCM, 2011)

Como ya observamos en la sección primera del presente trabajo de investigación, la utilización del término “no autónomo” y posteriormente modificado a “subordinación”, evidencia una vez más del agravio que sufren los contratados por el CAS, ya que, toda labor realizada en las entidades estatales siempre fue realizada de manera dependiente y/o subordinada, agregando que dichos servicios prestados fueron también de forma personal y remunerados. Con ello aseguramos la existencia de los tres aspectos fundamentales, configurativos de toda relación laboral y además con la anuencia del TC que lo denomina claramente como un “Contrato Laboral”, empero al ser de carácter “especial” no se crea un vínculo Estado – Trabajador evitando así otorgarle los derechos laborales que les corresponden.

En la definición propuesta por la Presidencia del Consejo de Ministros se puede verificar en la parte que dice “confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento” que más allá de tener supuestos beneficios para los trabajadores del CAS, se evidencia un ánimo de desigualdad entre trabajadores de un mismo sector, esto nos haría ver que si bien, estos beneficios no le son dados a los demás trabajadores del sector público o que los beneficios que ellos tienen no le son otorgados a los del CAS, entonces estamos comprobando que se está vulnerando una vez más el derecho-principio de la igualdad entre las personas.

De igual forma cuando la norma dice que “Se rige por normas especiales y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones inherentes al régimen especial”. Es evidente que se discrimina a los que no gozan de este régimen y/o también a los contratados por este, al no permitirles gozar los beneficios de los demás trabajadores del sector público pese a tener funciones y obligaciones similares.

Poniendo un ejemplo, dos trabajadores estatales que realizan labores similares pero contratados bajo diferentes modalidades tendrían diferentes derechos y beneficios; pero mismas obligaciones, y como dijimos ello conllevaría a la vulneración del derecho a la igualdad.

Por último, en cuanto dice que “el ámbito de aplicación de la norma, abarca a todas las entidades de la administración pública que cuenten con personas que presten servicios de carácter subordinado mediante alguna modalidad contractual no laboral” (Dec. Leg. N° 1057). Al ya tener comprendido los términos, subordinación y dependencia; la pregunta es ¿Qué institución no tienen contratados de forma subordinada o con un contrato no laboral? Pues la respuesta es que ninguna institución del Estado contrata trabajadores para no desempeñar funciones subordinadas, porque, siempre serán sujetas a cumplir horarios y órdenes impuestas por sus superiores, la única salvedad

que encontramos, sería pues, una contratación para obra específica la cual como ya vimos, no es el caso de la presente investigación

Con ello, esta norma modificada por la sentencia del TC pretende crear un régimen especial de contratación para un tipo de servidores públicos subordinados, es decir dependientes del Estado, pero procurando diferenciarlos del régimen de la actividad pública y privada. Consideramos que ello no es posible, por cuanto no se trata de un régimen o contrato especial pues carece de elementos distintivos, más aún porque el origen de este tipo de contratación -como ya se ha expresado- es ilícito, pues procede de una simulación o fraude, debido a que, a estos servidores se les contrata como los antiguos servicios “no personales” es decir, como trabajadores independientes o no autónomos, cuando en la realidad de los hechos, son completamente dependientes y subordinados al Estado.

Para concluir el TC ya estableció que el CAS, no es un contrato de locación de servicios, pero tampoco un contrato del empleo público o privado, debido a que las normas del CAS establecen, que esta modalidad contractual no se encuentra sujeta al Dec Leg 276 tampoco a las normas del Dec. Leg. 728, ni a otras normas que regulan la contratación de personal por parte del Estado, de tal manera que se configura como una fórmula denominada “de transición” que como vemos hasta nuestros días se ha convertido en la única norma de contratación de personal para el sector público.

Si bien este contrato, otorga derechos o beneficios a los adscritos a ella, sin embargo, esta a su vez no reconoce otros derechos, y prácticamente establece la renovación de contratos de forma eterna.

Una sentencia del TC que no debemos dejar pasar fue en el expediente N° 00876-2012-PA/TC donde, pese a que no analiza propiamente lo establecido por el CAS, se centra en verificar lo que la Constitución y las normas laborales exigen respecto del caso de un trabajador que laboraba sin contrato en el Estado y que aunado a ello es despedido arbitrariamente.

En esta sentencia, se verificó mediante la documentación probatoria presentada por el demandante, que el caso se encontraba subsumido en lo establecido por el artículo 4 del Dec. Sup. 003-97-TR, que establece, que, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

En ese sentido, se estableció que el demandante desempeñaba sus actividades sin tener un contrato de trabajo vigente; consecuentemente, al haber sido despedido sin causa se ha producido un despido arbitrario, y es por ello que el TC estima la demanda por la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Este hecho alertó a las instancias judiciales y a la propia población, que el TC ya habría encontrado el camino para solucionar los conflictos que el CAS tenía, por lo menos en el punto de la prórroga automática, pero lamentablemente utilizando el adagio que “una golondrina no hace el verano” únicamente fue esta única sentencia que emitió el máximo órgano de interpretación constitucional en nuestro país amparando una petición de esta naturaleza, porque luego de ella nunca más esta la fecha volvió a pronunciarse de esta manera.

2.2.2.-Posición jurisprudencial del Poder Judicial referente al CAS.- A lo largo de todos estos años, y pese a tener de por medio la sentencia del TC, que constitucionalizó el CAS, el PJ siempre ha mostrado una posición distinta, en la medida que, para este Poder del Estado, el CAS siempre fue considerado lesivo para los intereses de los trabajadores, de tal manera que en reiteradas oportunidades y bajo su línea argumentativa jurisprudencial ha propugnado la defensa de los derechos de los trabajadores admitiendo y resolviendo a favor de estos.

Ya sea en forma primigenia o más recientemente el PJ ha utilizado dos pilares fundamentales para sostener su postura, nos referimos al derecho a la igualdad contemplado en la Constitución y en los tratados internacionales y al principio de primacía de la realidad, también amparado internacionalmente. Claro está que, en muchas oportunidades ha utilizado otros argumentos como el principio de la irrenunciabilidad de derechos o técnicas jurídicas como el distinguishing para esquivar jurídicamente los lineamientos del TC, empero son estos detalles los cuales nosotros aprobamos para los fines de la presente investigación, teniendo en cuenta que, una característica del PJ, es la especialidad que mantiene sobre este tipo de caso, frente a los procesos eminentemente constitucionales que resuelve el TC.

Tiendo claro lo vertido precedentemente, en las líneas siguientes, verificaremos lo que nosotros llamamos los pilares fundamentales que utiliza el PJ en su línea jurisprudencial respecto del CAS.

a) Principio de Primacía de la Realidad. - El PJ deja sentadas las bases de este principio cuando refiere que “constituye un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y es el medio de realización y desarrollo de la persona humana. Además, señala que, si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil mercantil o de otra índole, deberá preferir la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre el de buena fe contractual, que es del código civil, para reconocer los derechos laborales que corresponda” (Casación Laboral 9374 –2012 Arequipa)

Tomando en cuenta lo manifestado, consideramos que este poder del Estado establece a este principio, como parte fundamental de la propia constitución política, de tal suerte

que, al ser considerado de esta manera, irradia sus alcances a todas las personas trabajadoras, ya que busca el desarrollo de la persona humana por medio del derecho al trabajo, por lo tanto, según lo estudiado, podemos inferir que, en sí, lo que se busca es el respeto de la dignidad humana como fin supremo. De tal forma que, el principio de primacía de la realidad, erradica toda forma de agravio laboral del trabajador por parte de su empleador, cuando este último pretende soslayar los derechos del primero, suscribiendo otro tipo de contrato y no el idóneo para la efectiva prestación del servicio, en ese sentido este principio castiga la formula fraudulenta con la que se contrata al trabajador.

En esta misma línea, tenemos a continuación una casación que exactamente resuelve un caso sobre el contrato CAS, donde podemos observar que bajo las consideraciones que este principio en comento tiene, se habría desnaturalizado el vínculo laboral. En ese sentido en la casación laboral N° 18001-2015 LIMA se señala: “por el contrario se ha comprobado, que desde el inicio mantuvieron una relación laboral a plazo indeterminado encubierta bajo un contrato de locación de servicios y en atención al principio de primacía de la realidad y conforme al inciso d) del artículo 77° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, el contrato de locación de servicios se ha desnaturalizado al encubrir una relación laboral de naturaleza permanente, resultando inválidos los contratos administrativos de servicios”;

Como se puede observar, nuevamente se produce una desnaturalización del contrato laboral, cuando se encubre una relación laboral mediante otros tipos de contratación, de tal suerte que, por medio del principio de primacía de la realidad, la sala resuelve en favor del trabajador, que adquiere la condición de trabajador permanente sujeto al tipo de contratación del régimen privado.

Como ya lo mencionamos, la primera demanda registrada contra el CAS fue el proceso de amparo N° 1703 -2008 ante la Sala Civil de la Corte Superior de Cajamarca, donde se analizó el caso de una persona contratada y despedida por el Instituto Nacional de Cultura de esa ciudad. La sentencia de la referida sala confirmó la del Juzgado Laboral que, a su turno, había declarado fundado el amparo ordenando la reposición de la demandante en la entidad demandada.

2.2.3.- Posición de la sociedad civil frente al CAS. - Como ya es conocido, en el Perú existe diversos reclamos populares, trasuntados en protestas, marchas, pronunciamientos de dirigentes sindicales y de los propios trabajadores del Estado, todo ello, generó que se formara un colectivo social denominado “Perú sin CAS” el cual, asume una postura de defensa de los derechos de los trabajadores CAS del Perú, buscando que estos sean transferidos de régimen hacia los Dec Leg. 728 o 276. Dicho colectivo tuvo diversas reuniones con legisladores y autoridades del estado y fue así, que lograron que se presenten diversos proyectos de ley que tienen la numeración siguiente 1455/2016, 1744/2017,1844/2017, 1852/2017, y 1888/2017 los cuales se

encuentran en la Comisión de trabajo y seguridad social del Congreso de la república, los cuales en la actualidad se acumularon en una sola, que tiene la denominación de “Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público” proyecto este, que en esencia establece el cambio de régimen para los trabajadores que trabajaron dos años continuos o tres discontinuos, siendo computados hasta la fecha en que se apruebe esta ley. Además, este traslado de régimen de los trabajadores CAS se dará en forma paulatina y teniendo en cuenta el presupuesto de las entidades para cada año, debemos añadir que en fecha 06 de marzo del presente año, este proyecto de ley debió ser debatido, al respecto diversos congresistas se pronunciaron manifestando su posición favorable para su aprobación, pero que debido a las formalidades constitucionales, este deberá tener un debate posterior en el pleno del Congreso, que al cierre de este trabajo no cuenta aún con fecha para tal esperado debate.

Por lo tanto, lo que se propone es la eliminación del régimen CAS, y con ello beneficiar a cerca de cuatrocientos mil trabajadores del sector público, quienes pasarían a formar parte de la planilla del Estado. Al respecto el presidente de la comisión de trabajo y seguridad social Justiniano Apaza Ordóñez, manifestó que el CAS fue establecido como un régimen especial, temporal y transitorio, sin embargo, éste se ha generalizado y se está utilizando para limitar los derechos de miles de trabajadores del sector público. “El Estado no puede promover la discriminación, por ello la propuesta en debate solo busca reconocer derechos de los trabajadores y hacer justicia” (Bessombes, 2017)

En la entrevista realizada al congresista de Frente Amplio Hernando Cevallos, dijo que “el CAS fue creado como un régimen temporal, no como uno permanente, sin embargo, se mantiene y se está convirtiendo en algo ya establecido, creando un enorme problema para los trabajadores.” (Cruzado, 2017) y ello debido a que los trabajadores aludidos, por ejemplo, no pueden participar en concursos de ascenso dentro de su institución, además se genera desigualdad entre ellos ya que, por más que estos cumplen las mismas funciones perciben diferenciados beneficios, y ello, “no ayuda a que se fomente una sana competitividad, un ejemplo clásico es cuando, el que es nombrado puede tomar decisiones importantes, en cambio el que está en el régimen CAS se limita únicamente a aceptarlas” (Cruzado, 2017).

Para el legislador mencionado anteriormente, también constituye un atentado a los derechos de los trabajadores CAS, cuando éstos no pueden programar su vida, entonces, el hecho de tener estabilidad laboral, derecho a sindicalizarse, a vacaciones completas, a la CTS, a los sueldos que ganan los nombrados, son parte de los derechos que deben ser para todos y no solo para algunos. (Cruzado, 2017). Complementando el congresista Apaza, como presidente de esta comisión explicó también que, “un trabajador bajo este régimen no tiene una Compensación por Tiempo de Servicios

(CTS), gratificaciones equivalentes a una remuneración en Fiestas Patrias y Navidad y, sobre todo, no tiene una adecuada estabilidad en sus empleos” (La Republica, 2017).

En ese mismo sentido, el profesor Ricardo Herrera, explicó que, la masa laboral de los CAS representa más del 40% de todos los trabajadores del Estado, por ello, “de aprobarse los proyectos de ley, los trabajadores CAS pasarían al régimen del Dec. Leg. 728 y así gozarían de las gratificaciones por fiestas patrias y navidad, ya que en la actualidad solo reciben un aguinaldo fijado por la Ley de Presupuesto así mismo, percibirán sus depósitos semestrales de compensación por tiempo de servicios (CTS), porque a la fecha solo se la depositan al final del vínculo contractual. Pero lo más importante es que “esos trabajadores gozarán de estabilidad laboral, pues todos los años dependen de la buena voluntad de sus entidades para su renovación. Aunque este proyecto tendrá un fuerte impacto económico, pero al ser iniciativa de gasto del Congreso sería inconstitucional, por la forma”. (Bessombes, 2017).



TERCER CAPÍTULO

TOMA DE POSICIÓN PARTICULAR SOBRE EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS.

De primera mano, podemos referir que el carácter temporal y transitorio que dice tener el CAS dista mucho de ser verdadero, ya que, como sabemos, en la actualidad el Estado, utiliza el CAS de forma fraudulenta para suscribir contratos por un plazo determinado y que estos, además, no pueden ser superiores al de un año fiscal, empero también sabemos que la naturaleza servil que este ostenta, es de carácter permanente. En otras palabras, actualmente el estado mediante el CAS, comete fraude en la contratación de su personal, porque otorga temporalidad a una función permanente, violando así el principio de primacía de la realidad.

Por otro lado, veremos a continuación en base a las corrientes del desarrollo jurídico, en materia constitucional, de derechos humanos y laboral, observaremos y demostraremos que el CAS concuerda con los parámetros establecidos en la búsqueda de la igualdad de la persona humana, es por ello que ahora abordaremos temas que son el soporte, propiamente dicho, de nuestra posición.

3.1.- LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS. – Son proposiciones abstractas que integran el ordenamiento jurídico, por ser la base o piedra angular del Derecho, que buscan un único fin, que es alcanzar la justicia plena, es decir, son el soporte de las normas legales materializadas, motivo por el cual sirven para interpretarlas y en su caso cubrir sus vacíos, dicho de otro modo, son “enunciados normativos de carácter general” (Atienza, 1998) los cuales, a pesar de no ser formalmente integrados al ordenamiento jurídico, albergan de manera abstracta el contenido materializado de la norma, para uniformizar su estructura, contenido y operatividad, tan es así que, “un principio resuelve de forma abierta los casos a los que es aplicable, mientras que las normas taxativas lo hacen de forma cerrada” (Landa, 2013).

Hasta este punto, tenemos claro que, un principio, establece “un ideal” (Peczenik, 1992). Como por ejemplo los que tenemos en nuestra Constitución política que estipula en su artículo primero: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (Constitucion, 1993). Como podemos observar, en este artículo se alberga al principio pro Homine y el principio de la dignidad humana, siendo estos algunos de los ideales que buscan la protección plena de los derechos de la persona humana, por encima de cualquier otro bien jurídico, que en caso existiera algún tipo de conflicto entre ellos se utilizará al llamado “test de ponderación” (Caso TC Becerra Leiva, 2008) el cual tiene como objetivo brindar una mayor protección de los derechos de la persona humana.

3.1.1.- Principios convencionales del Derecho del Trabajo. - Dejamos establecido que, en el mundo del derecho se tiene un marco normativo de carácter general o básico, el cual es el llamado núcleo duro de las garantías, derechos y/o deberes, con los que la

sociedad cuenta para proteger y defender sus derechos, frente a las vulneraciones que pudieran surgir de parte del Estado o de particulares. Dicho núcleo duro se encuentra expresado en máximas de carácter axiológico o pronunciamientos jurisprudenciales que se encuentran albergadas como normas de carácter general.

Así, podemos referir; que, el bloque de convencionalidad se encuentra compuesto por los instrumentos jurídicos Internacionales sobre derechos humanos, es decir, convenciones y tratados internacionales, que albergan también los referidos al derecho del trabajo, los cuales evidentemente necesitan ser suscritos y acogidos por la legislación nacional, mediante el especial procedimiento que realiza el Congreso de la Republica y el Poder Ejecutivo.

Lo que actualmente se proyecta y estudia, con la finalidad de lograr una nueva evolución del derecho como ciencia, y en general, para sus distintas ramas de especialidad, es lo que por común acuerdo de diversos estudiosos, se denomina la Convencionalidad del Derecho, o Convencionalización del Derecho, donde se tiene además de las normas internacionales descritas anteriormente, a las resoluciones emitidas por los máximos órganos jurisdiccionales internacionales, como son: la Corte IDH, y las opiniones de la CIDH, los cuales para lograr su propósito, tienen como herramientas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y los demás pactos, tratados y protocolos especializados en materia de la defensa de los derechos humanos. Para este trabajo en particular nos apoyaremos en los pronunciamientos de la OIT. Ya que como específicamente lo señala, su misión consiste en: “promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo” (Organización Internacional del Trabajo, 2017).

Los dos órganos de justicia referidos en el párrafo anterior, son los que emiten sentencias y opiniones respectivamente, aplicando e interpretando, la normatividad internacional, especialmente referente a los Derechos Humanos, las cuales son impartidas cuando un Estado presenta controversias con personas particulares (Caso Lagos del Campo Corte IDH,, 2017) los cuales sirven de parámetro interpretativo y de aplicación para los estados suscritos a su régimen de Tutela Convencional⁷,

Por lo tanto, podemos referir que, la jurisprudencia impartida por la Corte IDH, pertenece al bloque de convencionalidad, el cual tiene carácter vinculante, tanto para el estado de la controversia, como también, para los demás estados suscritos a su jurisdicción. Es así que la jurisprudencia vertida por la Corte IDH, ha desencadenado en fortalecer los principios y derechos de las personas, siendo tanto así que, nos

⁷ La Tutela Convencional, únicamente se imparte por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolviendo los litigios sobre derechos humanos o llamados también derechos fundamentales entre un estado y sus particulares, dicha impartición de Justicia únicamente se realiza, a los países que expresamente así lo hayan aceptado, adhiriéndose a esta, mediante la suscripción de tratados específicos sobre aceptación de la Jurisdicción de la Corte, sobre ellos.

encontramos en una época en que los ciudadanos estamos empoderados de mayor argumento jurídico para poder defenderlos.

Es así que, llegamos a describir los principios y derechos en materia de trabajo, que tanto la Corte IDH, como la OIT han establecido como fundamentales, claro está que, por aplicación de la doctrina jurisprudencial en materia laboral sobre derechos indeterminados establecida por el Tribunal Constitucional (Huatuco, 2015), ellos no son los únicos.

Si bien en el campo jurídico global, existen diversos principios para determinados campos, en esta oportunidad únicamente nos ocuparemos de los principios en materia laboral, los cuales se encuentran albergados por el desarrollo jurisprudencial que han emitido los organismos de justicia internacional, así como, las organizaciones dedicadas a velar por el derecho al trabajo y la dignidad del trabajador.

a) Principio Pro Homine. - Considerado también el principio de principios, debido a que todos ellos deben estar a favor de la persona. En ese entender resulta que, el derecho en su totalidad, sin importar las dificultades o riesgos, debe estar orientado a favor de la persona humana, jamás en contra.

b) Principio de la norma más favorable al trabajador. - Este es un principio “resolutivo de conflictos entre normas” (Lalane, 2015) señala que, en caso de duda normativa, se preferirá la norma que resguarde de mejor manera los derechos del trabajador.

c) Principio de continuidad. - Establece que la relación laboral no se agota, sino que dura en el tiempo, por ello, no se puede convertir un contrato laboral de duración indeterminada a uno de duración determinada.” (Plá, 1978)

d) Principio protectorio o de tutela. - Este principio diferencia al Derecho Laboral del Derecho Civil, estableciendo como regla, la protección de la parte más vulnerable de la relación laboral que en este caso evidentemente siempre será el trabajador. Ello con el fin de equiparar las fuerzas como el empleador. (Fontelles Advocats, 2016)

e) Principio de preferencia de la contratación indefinida. - Establece que, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

f) Principio de no discriminación arbitraria en el trabajo. - Íntimamente relacionado con el principio de Igualdad, este principio prohíbe un trato discriminatorio entre trabajadores que realizan una misma función, es decir establece una línea horizontal entre trabajadores que prestan iguales servicios al empleador, “a iguales funciones, iguales beneficios”.

g) Primacía de la realidad. – Significa que, en caso de discordancia, entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos”. (Plá, 1978). Ahora

bien, en ese sentido el TC lo define de la siguiente manera: “es un principio implícito en nuestro ordenamiento jurídico, a mérito del cual, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. (Caso Pintocatalao TC, 2006), por lo tanto, es preciso señalar que siempre, prevalecerá, la realidad de las cosas, por sobre los documentos o funciones descritas en el contrato de trabajo. Así, ante cualquier situación en que se produzca una discordancia, entre, lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello” (Neves, 2009)

En ese sentido nos formulamos una pregunta ¿Cuáles son las labores que realiza una persona contratada bajo el régimen del CAS? Como ya vimos, bajo esta modalidad de contratación los trabajadores realizan labores ordinarias y permanentes, bajo un estado de subordinación o dependencia de sus órganos superiores, a cambio de una retribución. Siendo ello así, tenemos todos los elementos configurativos de una relación laboral típica, por lo tanto, según lo establecido por el TC, el CAS sería una “relación laboral” a plenitud.

h) Irrenunciabilidad de derechos. - “Debe entenderse como la no posibilidad de privarse voluntariamente, de los derechos concedidos al trabajador por la legislación laboral, por lo que, resulta un imposible jurídico privarse a sí mismo, de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral” (Plá, 1978). Por ello, es necesario precisar, que este principio opera respecto de los derechos disponibles, los cuales, son la base de un beneficio que se pueden únicamente mejorar y jamás empeorar la situación actual.

i) Igualdad ante la ley. - Este principio-derecho tiene carácter general, por lo tanto, implícito en todo cuerpo normativo, como lo establece el TC cuando señala que “el derecho a la igualdad, exigiendo que, al aplicar las normas jurídicas, no se atribuyan distintas consecuencias jurídicas a dos supuestos de hecho, que son sustancialmente iguales; ello implica, aplicar el mismo criterio ante casos similares”. (Caso Retis, TC 2009). Es decir que, toda persona tiene el derecho a ser tratado con igualdad, lo cual de forma inversa diríamos que, de no ser así se estaría ante un trato arbitrario y discriminatorio.

Al respecto, ya en materia laboral, el TC nos dice más exactamente: “El principio de igualdad de trato, impide las discriminaciones practicadas por las normativas estatal o convencional, así como por el empleador unilateralmente, actuando al momento del nacimiento del derecho. De esta manera si el empleador otorga a un trabajador un derecho debería otorgárselo también a los demás, salvo que tal beneficio esté amparado por alguna situación particular del trabajador” (Sosa, 2005). En base a esta jurisprudencia, podemos señalar que no debería existir ningún tipo de discriminación entre trabajadores que se encuentran contratados bajo los diferentes tipos de

contratación que tiene el Estado, más aún si, estos realizan labores similares, deberían tener un trato igualitario.

Se debe hacer hincapié en el hecho que, dentro del Estado coexisten diferentes tipos de contratación que realizan labores similares, ordinarias y permanentes, con ello se evidencia la desigualdad existente entre los CAS y los demás regímenes. Es importante señalar que únicamente se pueden establecer diferencias por la naturaleza de las cosas, mas no así, por razón de las personas. Así mismo una desigualdad existente en nuestro país y su ordenamiento laboral, es pues, cuando el Estado impone que a los trabajadores del sector privado se les considere todos y cada uno de los beneficios, empero al mismo tiempo es el mismo el Estado el que incumple su propio mandato frente a sus trabajadores.

3.1.2.- Derechos laborales amparados en el bloque de convencionalidad. – De primera mano, debemos tener en cuenta que, en el bloque de convencionalidad, se albergan derechos generales, de cada uno de los países miembros, dicho bloque, guarda armonía al ser contrastado con principios y derechos que protegen los Derecho Humanos, formándose así, una universalidad de los derechos de las personas con el único fin de proporcionarle seguridad jurídica para su desarrollo integral, manteniendo como su objetivo primordial la dignidad humana.

Como veremos a continuación los derechos no necesariamente se encuentran trasuntados en las leyes o normas jurídicas, en ocasiones son producto del desarrollo y de la interpretación de los mismos, por esta razón existen derechos nominales e innominables.

3.1.2.1.- *Tipos de derechos laborales.* - A la luz de la jurisprudencia y la doctrina, encontramos dos tipos de derechos, los cuales protegen a los trabajadores y aseguran, que ellos son también protegidos por los derechos que tienen todas las personas, todo ello nos servirá para fortalecer nuestra posición.

a) Derechos Específicos. - Son particularmente destinados para las personas que prestan sus servicios en favor de un empleador, dicho de otro modo, son los derechos que únicamente los trabajadores ostentan sin distinción entre los del sector público y del sector privado, tal apreciación es en estricto, la salvaguarda que intrínsecamente la constitución persigue a través de los principios que la rigen, como lo es por ejemplo el de la igualdad. De tal manera que se encuentran destacados plenamente dentro de nuestra Constitución así tenemos.

a. 1.- Derechos Individuales. - Esta clase de derechos estipulados en la Constitución son los que protegen únicamente al trabajador; es decir, son personalísimos del trabajador, de tal manera que representan una restricción para el empleador quien pudiera soslayarlos. En tal sentido, todo trabajador es amparado y protegido por la Constitución, como lo es el derecho a un trabajo digno, derecho a la igualdad, más

preciso aún resulta ser que, dentro del sector público no debería existir diferencias en el tipo de contrato, beneficios, etc. ya que se proscribe la discriminación, según lo establecido en el artículo 24 de la Constitución que prevé, que “los trabajadores tienen derecho a una remuneración equitativa”.

Además, apreciamos que, en la Constitución, no existen aspectos como las asignaciones familiares, etc. Estos derechos evidentemente fundamentales siguen siendo de carácter preconstitucional, por lo cual estos beneficios únicamente serían para los trabajadores del sector privado y una parte del sector público, con lo cual podría apreciarse nuevamente un desmedro a los trabajadores contratados bajo la modalidad del CAS, y serían considerados como personas con menos derechos que los demás, por lo tanto, es aquí también que hablaríamos de una desigualdad ante la ley o de una discriminación tangible que la ley y que el propio Estado hace, respecto de sus trabajadores. (Toyama, 2005)

Otro aspecto discutido, entre la Constitución y la interpretación del TC, es la del artículo 27 de la Constitución, donde se establece, “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”, cabe indicar que no existe un precepto general sobre la estabilidad laboral, tan solo se brinda protección frente al despido arbitrario a través de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual prevé; como regla general, el pago de una indemnización ante un despido arbitrario. (Canessa, 2008).

El TC, tiene una posición diferente cuando dice “La Constitución, en su artículo 27º, formula un mandato concreto al legislador, a fin de que, a través de la ley, provea al trabajador de una protección adecuada contra el despido arbitrario. Tal disposición, sin embargo, no puede entenderse en el sentido de que con ella se está constitucionalizando el derecho del empleador de despedir arbitrariamente” (caso Vásquez Campos, TC 2006) en ese sentido, se “considera nula la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, cuando se produce con violación a los derechos fundamentales de la persona; siendo la reposición la finalidad restitutoria del derecho lesionado” (caso Julio Rolando Morales Palomino, 2006).

En esa línea de conceptos vertidos por el TC, es considerable asumir que no debiera existir discriminación o inequidad por el tipo de contratación que se tenga, asegurándonos que es posible la adecuación de estas sentencias para la salvaguarda de los CAS.

a .2. - Derechos Inespecíficos. - Este tipo de derechos proviene de la naturaleza propia que tiene toda persona humana, por lo tanto, también podríamos llamarlos derechos fundamentales y definirlos como “atributos o facultades esenciales de la persona, que emanan de su propia naturaleza y que por consiguiente no son conferidos por la ley o la autoridad pública, cuya única función, es la de reconocerlos, respetarlos, garantizarlos y promoverlos” (Gazmuri, 2008). Por lo tanto, resumiendo, podríamos

señalar que, estos derechos son innatos a la persona humana como tal y que es deber del Estado promoverlos respetarlos y protegerlos.

Estos derechos son los llamados “fundamentales, que se encuentran reconocidos directa o indirectamente en el texto constitucional y en Pactos Internacionales como derechos subjetivos de aplicación inmediata. En otras palabras, se trata de derechos de tal magnitud para el orden constitucional e internacional, que su vigencia no puede depender de decisiones políticas o de los representantes de las mayorías” (Pacheco, 2003).

Encaminando lo vertido precedentemente al tema que nos ocupa, son los derechos inespecíficos “los demás derechos constitucionales que no son específicamente laborales pero que tienen una dimensión o contenido laboral sobrevenido” (Canessa, 2008). Así mismo “este tipo de derechos, que en un principio se les negaba a los trabajadores por su sometimiento al contrato de trabajo, adquieren fuerza con el “constitucionalismo industrial”, en donde la condición de ciudadano de los trabajadores no puede desaparecer en el ámbito laboral (...)” (Canessa, 2008).

Es interesante resaltar que este tipo de Derechos son los innatos a la persona humana como tal, es decir que, el trabajador teniendo la protección con los ya referidos derechos laborales, también es protegido con derechos que la Constitución le otorga como persona humana, constituyéndose de esta manera una laboralización de este tipo de derechos, por lo cual, el empleador debe respetarlos. Estos “otros derechos constitucionales de carácter general y por ello, no específicamente laborales pueden ser ejercidos, por los sujetos de las relaciones de trabajo. Se produce así una <<impregnación laboral>> de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio (...) en el ámbito de un contrato de trabajo” (Palomeque, 2001).

Con el afán de identificarlos de mejor manera; podríamos argumentar que este tipo de derechos, poseen rasgos característicos, que los hacen propios y más aún inconfundibles en comparación de otros, por lo tanto, podríamos señalar algunas características como: “a) La Universalidad. es decir que correspondan a todos los trabajadores por igual, no importando la forma como sea reconocida legalmente la misma en la normativa. b) Indisponibilidad. Al ser derechos fundamentales, nos encontramos con derechos que no pueden ser disponibles por la voluntad del trabajador, y c) Reconocimiento general. Los derechos deben ser reconocidos mediante reglas generales y abstractas, contenidas en la norma al más alto nivel de la jerarquía, esto es, la Constitución”. (Valdes, 2003)

Por todo lo estudiado en la presente sección, sabemos que resulta posible pretender una nueva acción de Inconstitucionalidad, y esto lo aseguramos porque, como se demostró, El CAS vulnera derechos constitucionales. Así mismo, cabe resaltar que, es deber del TC salvaguardar los derechos de la persona como trabajador, siguiendo los principios y derechos que dispone la Constitución; por lo tanto, este órgano colegiado

tiene herramientas para justificar una sentencia favorable a la inconstitucionalidad del CAS, que sería en beneficio de todos los trabajadores contratados bajo esta modalidad. En el caso de no ser posible tal acción, se puede recurrir a la Corte IDH para que resuelva esta controversia.

3.1.3.- Derechos Humanos sobre el trabajo. - En este apartado, de primera mano debemos tener bien en claro lo que representa la concesión de derechos humanos, a grandes rasgos podemos decir que, son los derechos inherentes a toda persona humana sin ningún tipo de distinción, un aspecto clave para los resultados de este trabajo es que estos derechos tienen la característica de ser, interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Quiere decir que, todos ellos se encuentran intrínsecamente relacionados, de tal suerte que, cuando un derecho protege a la persona automáticamente se dice que se encuentra amparada bajo todos los demás derechos que alberga la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Un hecho por demás resaltante es que ya desde su conceptualización este derecho pretende proteger al hombre de posibles distinciones y en ese entender, se considera como parte de ellos a la no discriminación, la cual tiene categoría de ser un principio transversal dentro del derecho internacional en temas de derechos humanos.

Esta característica que busca la no discriminación y por lo tanto la igualdad, no resulta en vano que se encuentre presente en todos los tratados sobre derechos humanos, por lo tanto, constituye un aspecto central de las convenciones internacionales, es por ello que “el derecho-principio de la no discriminación se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista ilimitada de categorías”. (Naciones Unidas, 2018) como dijimos, este principio busca la igualdad entre las personas, en ese sentido se complementa con el principio de igualdad, conforme lo estipula el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Como sabemos la Declaración de los Derechos Humanos, es de aplicación internacional además de ser lineamiento jurídico máximo que se irradia a todas las personas del mundo, por ello se dice que, un país que alberga una democracia moderna no puede funcionar adecuadamente si los Derechos Humanos no son respetados. En ese sentido el Estado debe ser capaz de proteger a sus habitantes bajo los lineamientos de los Derechos Humanos.

3.1.3.1.- *Derecho fundamental de Igualdad.* - Como primer aspecto, la igualdad tiene un significado sucinto cuando dice que, todos los seres humanos tienen un mismo valor y deben ser tratados de forma igual, sin importar sus condiciones de raza religión género, discapacidad u otros. En ese entender, la palabra igualdad es concebida como norma erga omnes, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948. Donde se estableció un mismo valor y una misma cantidad de derechos a todos los seres humanos.

El concepto de igualdad, es el que les da sustancia y razón de ser a todos los derechos humanos. Por lo que es la piedra angular de estos, ya que justamente la idea de igualdad, origina que los demás derechos sean enfocados en él, o por él, en la búsqueda del equilibrio entre las personas.

Para el tema que nos ocupa, debemos remontarnos a 1944 cuando se promulgó la Declaración de Filadelfia, en la que se adoptaron los principios que guiarían el proceder de la OIT y es justamente en ella donde se establece que, la lucha contra la pobreza debe seguir mediante decisiones democráticas y en igualdad, de los trabajadores. Bajo esa premisa, la OIT ha establecido un lineamiento jurídico que genera mejores condiciones de trabajo, de ahí es que los derechos laborales son considerados como derechos universales, ya que son vinculados con la dignidad humana.

Es por esta razón que el derecho a la igualdad, representa para nosotros un bien jurídico que debe ser protegido a toda costa, siendo ello así, ninguna norma emanada del poder del Estado debería vulnerarla, en ese entender, nosotros somos de la idea que, debiera haber una confrontación, entre este derecho universal y la norma del CAS, de tal manera que, podamos descubrir si esta norma supera los parámetros establecidos por el TC utilizando el test de proporcionalidad. Aunque no resulte razonable, pero, en el hipotético caso de no superar dicho test, la norma devendría en vulneratoria, empero en caso de superarlo, la norma pasaría a ser confrontada con los criterios de un proceso de Convencionalidad que evidentemente definiría su posicionamiento jurídico, por ser esta de mayor y última categoría.

3.1.4.- De la Constitucionalización, a la convencionalización del Derecho.- Actualmente el Perú y gran parte de América Latina, atraviesa por un periodo jurídico denominado “Neoconstitucionalismo”⁸, (Figueroa 2011) de tal manera que, como hemos podido observar por las sentencias del TC la Constitución es la norma a respetar por encima de todas, es decir pasó a ser de una norma enunciativa y política, a una clara fuente de derecho, con ello podemos observar que en primera línea de defensa de algún derecho se encuentra la Constitución. Esto se denomina “constitucionalización del derecho”, es decir toma preponderancia, la pirámide kelseniana, donde en la cúspide se encuentra la Constitución, y por tener este supremo rango, todas las demás normas le deben respeto, por lo que se busca su concretización a través de ellas. Para mayor enfoque, estos términos los desarrollaremos a continuación.

3.1.4.1.- *El Neoconstitucionalismo.* – “Es una nueva corriente del estudio del derecho que no deja de ser, un conjunto de ideas, las cuales dan un enfoque jurídico más amplio para desarrollar el contenido de la Constitución, por lo tanto, se podrían tomar en cuenta tres niveles de análisis con el cual definir al Neoconstitucionalismo, (Carbonelli, 2018)

⁸ Es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales: la tradición norteamericana originaria que concibe a la Constitución como regla de juego de la competencia social y política; y la de la revolución francesa, que concibe a la Constitución como un proyecto político bastante bien articulado. (Figueroa, 2010)

El primer nivel de análisis, tiene que ver con “el surgimiento de un nuevo modelo de Constitución” (Carbonelli, 2018), que es más garantista, se materializan largos catálogos de derechos fundamentales para las personas, desde ahí ya no solo es fuente de Derecho, sino que, esos derechos se convierten en normas de actuación material, y justamente por ello este tipo de constituciones más garantistas, Ferrajoli las encuadra dentro de un nuevo “Estado Constitucional de Derecho” (Ferrajoli, 2010),

El segundo nivel de análisis del neoconstitucionalismo, radica en la “forma de interpretar los textos constitucionales ya materializados” (Carbonelli, 2018), es decir, poder armonizar jurídicamente una constitución, con los demás textos normativos, tal armonización, se debe a que en estas nuevas constituciones, son por excelencia muy sustantivas, con muchos principios y garantías en favor de la persona humana y en caso de existir controversia entre ellos requieren, por ejemplo, de la técnica de ponderación, como lo sería para este trabajo, el principio de igualdad, confrontado con otros.

El tercer nivel de análisis del neoconstitucionalismo, implica una nueva teoría del derecho, es decir resulta ser, una “nueva forma de estudiar el fenómeno jurídico y de entender en su conjunto, lo que es el universo de las normas jurídicas” (Carbonelli, 2018), ya que, se requiere no solamente una tarea descriptiva, sino también, de una dimensión prescriptiva del mismo, procurando la erradicación de antinomias y de las lagunas o vacíos del Derecho, que provocan asincronías en el orden jurídico.

Por lo tanto, estos tres elementos son los que caracterizarían al neoconstitucionalismo “1.- Constituciones con un modelo mucho más sustantivas con muchos más derechos. 2.- Una nueva forma de interpretar y aplicar el derecho en base a una argumentación jurídica mucho más sofisticada y compleja y 3.- Una nueva teoría del derecho, que va más allá de la simple descripción normativa, pues incorpora el elemento prescriptivo del ordenamiento jurídico donde el fenómeno no solamente es, sino también lo que debería ser” (Carbonelli, 2018).

3.1.4.2.- La Constitucionalización. - El sistema jurídico internacional ha evolucionado debido al protagonismo de la Constitución como norma jurídica, reemplazando a la ley. ¿Significa entonces que la Constitución nunca tuvo supremacía? obviamente no, lo que ocurrió fue que su presencia siempre fue exclusivamente política. Dicha evolución, trajo consigo la transformación del texto constitucional como norma jurídica, convirtiéndose en un parámetro de validez de todo el sistema jurídico, Así, fue notoria “la degradación del principio de legalidad por el principio de constitucionalidad” (Aguila, 2011), es decir, ya no basta con que, la norma, se encuentre previsto en una ley escrita, previa y cierta, ello ya no es suficiente, ahora, en un ordenamiento constitucionalizado, se exige algo adicional y es que, esa norma debe, respetar los valores o principios constitucionales, no debe ser contraria a los derechos fundamentales además de ser razonable y proporcional.

A criterio del TC todo ordenamiento jurídico que cuenta con una Constitución rígida - como la nuestra-, implica que esta norma fundamental es una fuente suprema, por lo que, “todas las leyes y disposiciones reglamentarias, deben ser necesariamente interpretadas, desde y conforme a la Constitución (Caso Tudela van Breugel, TC 2008),” a fin de que sean válidamente aplicadas. Adicional a ello, la Constitución también ha creado mecanismos procesales para tutelar su texto, a este nivel se trata del proceso de Inconstitucionalidad (Aguila, 2011).

3.1.4.3.- El Control de la Constitucionalidad. – Este sirve para poder llegar a determinar la constitucionalidad de las normas, como “una de las herramientas principales del Estado Constitucional de Derecho” (Bianchi, 1992). La razón, es que, todas las normas deben estar orientadas a seguir estrictamente el mandato de la Constitución.

En ese orden de ideas, “La constitucionalidad en el lenguaje Kelseniano, es el vínculo de armonía y concordancia plena, que debe existir entre la constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico, tanto en el fondo como en la forma, conectando así los postulados constitucionales con las normas de los diversos niveles, todo ello, es imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico” (Blume, 2004).

Estamos de acuerdo y señalamos que toda norma debe estar orientada a seguir los lineamientos que la constitución consagra, entonces debemos entender que la inconstitucionalidad no es sino, ir en contra de ella; es decir, que las normas creadas en un estado de Derecho que vayan en contra de lo dispuesto en la Constitución, son inconstitucionales, por transgredir los parámetros que ella enmarca, y para determinar ello, se requiere recurrir a las siguientes vías de control.

3.1.4.4.- Vías procesales del Control Constitucional. - existen dos sistemas de control de la constitucionalidad, y que en nuestro país se utilizan ambos, puesto que no son incompatibles, únicamente, difieren en cuanto a sus efectos jurídicos, como lo veremos a continuación.

a.-Control Difuso. - El TC señala que “Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, por la forma, o, por el fondo, de conformidad con los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: a) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada y b) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución” (Caso Salazar Yarlenque, TC 2006).

Como se puede advertir, se autoriza a todo órgano jurisdiccional colegiado a establecer y preponderar la supremacía de la Constitución frente a cualquier otra norma. Además, “El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del

Juez, al quien el artículo 138º de la Constitución habilita como mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional”. (Caso Espinoza Reátegui, TC 2005)

Por lo tanto, el significado de Control Difuso, es aquella facultad de discrecionalidad concedida a los órganos que administran justicia para preferir a la Constitución, su jurisprudencia y su interpretación, sobre las demás normas, haciendo prevalecer la jerarquía normativa existente en el Derecho.

b.-Control Concentrado. - Este tipo de control, se encuentra establecido en el inciso 4 del artículo 200, de la Constitución, y únicamente puede ser realizada por el TC, el cual dirime ejercitando, su poder de controlar la constitucionalidad de las normas. Es por ello que el TC como máximo órgano de control lo define señalando: “el control concentrado de las normas tiene como finalidad inmediata defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando del ordenamiento, aquellas disposiciones que la contravengan, tienen como fin mediato, impedir su aplicación, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos” (Caso Hoja de la Coca TC, 2005).

A esta definición debemos añadir que, el control de la constitucionalidad es concentrado abstracto y derogatorio. “Resulta ser concentrado en cuanto corresponde a un solo órgano el control constitucional y es abstracto cuando se realiza un análisis de puro derecho de la norma cuestionada, ello con el fin de descubrir si existe algún vicio de constitucionalidad, que de existir se procedería con la anulación de la norma cuestionada, dejando de tener vigencia y efectos normativos, por su carácter de alcance general (erga Omnes)” (Blume, 2004).

En ese sentido, el sistema concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes, se caracteriza porque la constitución le confiere a un solo órgano, el poder de dirimir sobre la vigencia o no de las normas y ello lo realiza por medio del proceso de inconstitucionalidad, cuando estas -las normas- pudieran presentar vicios de forma o de fondo, Por lo tanto, en nuestro país el TC es el órgano estatal dotado de tal privilegio por la carta magna para ser el único capaz de interpretar los mandatos de la Constitución, y actuar como máximo Juez Constitucional.

3.1.4.5.-Test de Proporcionalidad del CAS. - Respetando nuestra posición respecto del CAS, nosotros consideramos que, este tipo de contratación lesiona el derecho a la igualdad, en ese sentido, señalamos que, una norma legal de derecho interno vulnera el contenido del derecho de igualdad -que tiene carácter universal- cuando discrimina a un grupo de personas respecto a otras. El hecho de esta discriminación, sin embargo, no es igual a diferenciar, ya que la diferenciación está calificada como discriminación, cuando no se encuentra justificada dicha acción, es decir no existe justificante para que se efectúe. Por otro lado, en cambio, cuando existe una causa de diferenciación, se mantiene intacta la igualdad.

En ese sentido podemos afirmar que “la vulneración del derecho a la igualdad implica, el trato desigual entre los iguales, y por lo tanto resultar ser discriminación, porque en líneas generales, la diferenciación implica que el trato o las consideraciones entre personas es también desigual entre los desiguales. (Huerta, 2012)

Un tema relevante, es saber cómo es que se determina una causa justificante la cual convalide una diferenciación. Nosotros pensamos que se determina por medio del análisis de la proporcionalidad del trato diferenciador, por lo tanto, este hecho exige, someter bajo un test de proporcionalidad a la norma impuesta. Como referencia recordaremos que el Test de Proporcionalidad, contrapone dos normas o bienes jurídicos y según el grado de afectación o preponderancia de las mismas escoge una de mayor valor.

La norma elegida bajo el test de proporcionalidad debe ser: “idónea porque la medida restrictiva debe buscar un fin constitucionalmente lícito, además debe ser necesaria, es decir, que no existan otras medidas menos restrictivas que permitan conseguir el mismo fin y finalmente ponderada, porque debe haber proporcionalidad entre la restricción y el fin que se consigue”. (Huerta, 2012)

Debemos hallar una conclusión para este aspecto, por ello decimos que, si la referida contienda es aprobada, la norma será constitucionalmente válida; si no, obviamente será discriminatoria, y la consecuencia de la discriminación interpersonal en un estado de derecho como el nuestro, es inconstitucional.

En ese sentido, podemos resumir nuestra posición en que, la normatividad del CAS efectúa un tratamiento diferenciador entre los contratados bajo este régimen y los trabajadores de los otros dos regímenes laborales que estamos analizando.

Es por ese motivo que, nosotros estamos convencidos que, constituye un tratamiento diferenciador de iguales, porque en ella no se reconoce la naturaleza laboral del vínculo jurídico además porque este contrato le otorga menos beneficios y derechos laborales a los suscritos a ella, por lo tanto, esta no es una norma idónea, por que destruye el fin constitucionalmente válido, que es la igualdad entre las personas, en ese sentido esta norma, resulta ser innecesaria, ya que existe otras dos que permiten conseguir el fin de contratar personal y más aún que, los regímenes del sector privado y público son completamente menos restrictivas. Finalmente, esta norma no resulta ser ponderada, ya que, no tiene una debida proporcionalidad entre las condiciones y las ventajas que se pretenden alcanzar, en pocas palabras el CAS resulta ser inconstitucional.

3.1.5.- La Convencionalización.- Siguiendo la lógica jurídica de un “Estado Constitucional de Derecho” (Ferrajoli, 2010), surgió la corriente, de que, si en los países se respetaba la Constitución por encima de las demás normas, como es que, se podrían hacer respetar las normas internacionales, es decir, ¿qué sucedía con las situaciones, en las que pese a estar normada una conducta, ésta aún se consideraba injusta o

ilegal?, en ese sentido ¿cuál era el órgano a quien se podía recurrir?, Y es ahí cuando, primigeniamente en un voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang Versus Guatemala, el mencionado magistrado, planteó por primera vez, este tema de la convencionalidad, como una inmediata respuesta, a las interrogantes planteadas, y fue en ese momento que propone que; “a este nivel, la resolución de los conflictos, debieran ser a través de los principios y garantías jurídicas que son la fuente del derecho en sí” (Caso Myrna Mack Chang Versus Guatemala Corte IDH, 2003).

Desde ahí, es que la Corte IDH y la CIDH, toman un papel relevante, analizando casos concretos y dictando de una serie de sentencias, las cuales no solo son irrecurribles, sino también tienen efecto erga omnes, vale decir que, no solo son vinculantes para las partes de la controversia, -el particular versus su Estado- sino también, para los demás países adheridos a la jurisdicción de la Corte IDH. Y son justamente en estas sentencias y en las opiniones emitidas por la CIDH, donde se resaltan, que todos los países adheridos a ellas, se encuentra en la obligación de aceptar, cumplir y hacer cumplir lo resuelto por ellas, por lo tanto, el derecho evoluciona, pasando de la constitucionalización del derecho a una convencionalización del derecho, lo cual unifica criterios en materia de derechos humanos, por lo menos para los países miembros.

3.1.5.1.- Concepto de Convencionalización. - La convencionalización, es un parámetro de validez formal y material de las normas y resoluciones, que tienen o se emiten en un país, dicho parámetro, sirve para compulsar si una norma o resolución se encuentra o no, dentro de los ámbitos de licitud y legalidad que requieren, desde la óptica de los derechos humanos, y más aún, no pueden ir en contra de los principios, derechos y garantías, establecidas por la Convención Americana de los Derechos Humanos, la jurisprudencia del Corte IDH o las opiniones de la CIDH, ya que todos ellos en conjunto, conforman el llamado bloque de convencionalidad.

Como en el caso del ya visto control constitucional de las normas al interior de nuestro país, en ese mismo sentido, se tiene que, de resultar positiva la contrariedad de una norma o resolución, con el bloque de convencionalidad, dicha norma o resolución es determinada como inconvencional, por lo que, debe ser erradicada inmediatamente del espectro normativo. Para llegar a tal determinación se tienen un procedimiento denominado control de convencionalidad.

3.1.5.2.- Control de Convencionalidad. - Es un mecanismo, que verifica si una ley, reglamento o resolución, emitida por alguna autoridad de un Estado miembro, se adecúa al bloque de convencionalidad, este control se realiza en dos niveles completamente diferenciado, pero unidos entre sí.

a) A nivel internacional. - Este nivel consiste, en que es la propia Corte IDH que precisa de resolver una controversia en concreto, así lo podríamos denominar como un control concentrado, es decir cuando una norma o resolución de derecho interno de un país

miembro, es demandada ante el órgano máximo de control respecto de si resulta compatible o no, con el bloque de convencionalidad, claro está que de resultar positiva su incompatibilidad la Corte IDH dispondrá su reforma, abrogación o inaplicación de la misma y ello se dará en salvaguarda de los derechos humanos y manteniendo la vigencia del Bloque de Convencionalidad. En este mismo nivel, procede cuando un estado miembro, no haya obedecido y puesto en práctica, las ordenes, directrices o recomendaciones que se emitieron en el fallo del Corte IDH para garantizar el ejercicio de los derechos humanos.

Debemos enfatizar el hecho que la Corte IDH al realizar este control, puede alcanzar a la constitución de un país, por lo tanto, con mayor viabilidad a las normas de menor nivel, al mismo tiempo se debe de considerar que, por tener carácter erga omnes, dichas sentencias que constituyen jurisprudencia serán de aplicación inmediata, para los demás países miembro, orientando su normativa interna a guardar armonía con los criterios convencionalizados de la Corte IDH.

b) A nivel nacional. - Este segundo nivel de control, se traslada a la sede interna de los países miembros y se encuentra a cargo de los jueces. Por lo tanto, en ese nivel, se trata pues, de la obligación que tienen los jueces de todas las jerarquías, de verificar la correcta adecuación de las normas internas que aplican en sus casos, a la luz del bloque de convencionalidad, Este tipo de control que podríamos llamarlo “difuso” -por la similitud con el control de constitucionalidad que también realizan- se realiza mediante la interpretación de las normas e incluso, de la jurisprudencia interna de ese país, a la luz del referido bloque de convencionalidad, por lo tanto, el control de convencionalidad a nivel interno llegaría a ser un principio el cual, “debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando fuentes internas e internacionales” (García, 2013).

A manera de esbozar una definición podríamos decir que, el control de convencionalidad, es una herramienta que busca el respeto y garantía de los derechos descritos en el Bloque de Convencionalidad, los cuales priman por encima de las constituciones, normas y resoluciones de las autoridades de una sede interna o nacional y que, en caso de evidenciarse una contravención a dicho bloque, los únicos caminos posibles son: la inmediata separación, modificación o nulidad de aquello, bajo apercibimiento de las sanciones que la Corte puede disponer en contra del Estado infractor.

3.1.5.3.- Objeto del control de convencionalidad. - Conforme pudimos advertir, existen diversos conflictos Inter normativos, tanto a nivel horizontal como vertical, tan es así que, dichos conflictos, han fracturado las barreras nacionales, en otras palabras, las normas vulneratorias de otras normas, han trascendido de tal forma, que necesitan un debido control para evitar que continúe dicha práctica y más aún, impedir el atentado de principios jurídicos.

Bajo esa premisa, el objeto del control normativo convencional, es justamente establecer baremos para el análisis de la legalidad de las normas, tanto en su promulgación, como de las que ya se encuentran vigentes. Nos referimos pues, a que, en el mundo normativo jurídico, las normas deben mantener la concordancia y armonía que permite, que un país se rija con una sola dirección legal, y cuando esta armonía se rompe, justamente se apliquen los debidos controles que ya advertimos.

En primera línea sería el control constitucional, desde la puesta en vigencia de la norma, es decir desde su promulgación, ya que, este control busca establecer, si la norma tiene los requisitos de forma y fondo pertinentes para su creación, promulgación y puesta en vigencia, por lo tanto, de no contar con ellos, in limine, no podría ser aplicada. Así también, existen normas que pese a cumplir con los requisitos antes mencionados, durante su vigencia se advierte posteriormente su inconstitucionalidad, por lo tanto, se aplicaran los mecanismos de control que actualmente la Constitución permite, vale decir, el proceso de inconstitucionalidad, acción popular, e incluso el control difuso ejercido por los jueces.

Como ya vimos, existe otro tipo de control y de mayor relevancia, y es en él que justamente se centra nuestro tema de investigación, nos referimos al control de convencionalidad que, en esencia es similar al control de constitucionalidad, empero con la diferencia de que este control, es ejercido únicamente cuando se demanda el cumplimiento o respeto de los derechos humanos. Por lo tanto, el control de convencionalidad esta creado para que controle vulneraciones de los derechos humanos, por ejemplo, proteja el derecho al trabajo por la vulneración del derecho a la igualdad o bajo las directrices del principio de primacía de la realidad.

Con ello advertimos que el control de convencionalidad, realiza el análisis de la vulneración o no, de los derechos de las personas demandantes de diversos países, tal análisis lo realiza bajo las directrices, tanto de los derechos humanos como de los principios universales del derecho, por consiguiente, su objeto es eminentemente protector y garantista, con lo cual se busca crear o mantener la armonía jurídico-normativa de los países miembros suscritos a la jurisdicción de la Corte IDH.

3.2.- LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE TRABAJO. - Teniendo en cuenta que el derecho al trabajo es un derecho universal, es sin duda uno de los más resguardados de todos, al igual que el derecho a la vida, siendo así, su convencionalización resulta siendo justa, desde todo punto de vista. Con ello nos referimos a que, si, es posible buscar tal convencionalidad, ya que se cuenta con todo el bagaje de principios, derechos y garantías de carácter internacional, que podría permitir su unificación.

Se tiene así una visión muy amplia y positiva por todo lo estudiado, de que si es posible y factible la unificación del derecho de trabajo, al menos entre los países miembros adheridos a la jurisdicción de la Corte IDH, siendo conscientes que esto marcará un

hito, similar a la gesta por la jornada laboral de las ocho horas, lo que se requiere, es tan solo una demanda efectivamente argumentada, que llegue a instancias de la Corte IDH, porque nos encontramos en el tiempo correcto para un verdadero desarrollo jurídico y jurisprudencial en material de trabajo, ya que la Corte IDH ya comenzó a emitir sentencia en materia de trabajo, justamente a raíz de una controversia en nuestro país, por una sentencia del PJ (Caso Lagos del Campo Corte IDH,, 2017).

3.2.1.- Sentencia de la Corte IDH sobre el derecho del trabajo, caso Lagos del Campo versus Perú. - El 31 de agosto de 2017 por “primera vez la Corte IDH dictó una condena específica, por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹, con motivo de la vulneración del derecho al trabajo, particularmente de los derechos a la estabilidad laboral, al derecho de asociación y acceso a la justicia” es decir por primera vez la Corte IDH emite una sentencia referida específicamente al derecho del trabajo.

Previamente, el Estado peruano en su afán de defensa presentó una cuestión por la supuesta “falta de competencia de la CIDH para asumir un rol de cuarta instancia” (Comision Interamericana de Derechos Humanos, 2015) ello en clara alusión de que este caso, ya se habría resuelto en sede interna y que no cabría la posibilidad de considerar una Instancia adicional para la resolución de las controversias, contrario a este sentido, la Core IDH rechazo tal cuestionamiento, basado en el principio *iura novit curia*, debido a que, en este caso en concreto, se trataba de cuestiones de derechos fundamentales violados por el Estado peruano (poder Judicial), al validar un despido injustificado y por ello, no resultaba ser un tema de derecho interno, sino por el contrario, se atentaban temas relacionados a los derechos fundamentales, que como se conoce son de competencia tanto del a CIDH como de la Corte IDH.

Analizando el fondo del caso, la Corte IDH resolvió la petición sobre la afectación de los derechos laborales del demandante, estableciendo “la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que todos ellos deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles a aquellas autoridades, en todos los casos que resulten competentes para ello” (Caso Lagos del Campo Corte IDH,, 2017),.

En esa línea de argumentación, la Corte IDH explicó que, “frente al despido injustificado por parte de la empresa, el Estado peruano no adoptó las medidas para la protección del derecho al trabajo, por esa razón se habría avalado el arbitrario despido a través de

⁹ “CAPITULO III DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 26. Desarrollo Progresivo.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. (Organization of American States, 1969)

sus instancias judiciales” en otras palabras, La Corte IDH consideró que “el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral” del demandante Lagos del Campo.

En esta sentencia, también se observan precisiones en relación al derecho a la libertad de pensamiento y expresión; en este punto, la Corte IDH consideró que, este derecho es aplicable en contextos laborales, porque son los trabajadores y sus representantes quienes también puedan ejercerlo, de tal manera que “en caso que exista un interés general o público, se requiere de un nivel reforzado de protección de la libertad de expresión, especialmente respecto de quienes ejercen un cargo de representación”. En ese entender la Corte IDH concluyó que, el Estado peruano avaló la restricción del derecho a la libertad de pensamiento y de la libertad de expresión del demandante, ello debido a que, según las circunstancias del caso, “no existió una necesidad imperante que justificara el despido” (Caso Lagos del Campo Corte IDH,, 2017). Mas por el contrario se le sancionó separándolo de su trabajo, por las declaraciones vertidas en un medio de comunicación, restringiendo así, su libertad de expresión; sin tomar en consideración, que dichas declaraciones eran asuntos de interés público, y más aún en el marco de sus competencias como presidente del comité electoral de su sindicato. “Por tanto, el Estado peruano violó los artículos 13.2¹⁰ y 8.2¹¹ de la Convención Americana”. (Caso Lagos del Campo Corte IDH,, 2017)

La sentencia también centra su atención, en lo referido a la violación de la libertad de asociación, en este punto la Corte IDH indicó que: en materia laboral este derecho no solo es para los sindicatos, sino también para todo tipo de organización, destinada a representar a los trabajadores. “En este caso, el despido irregular del señor Lagos del Campo le impidió continuar con su cargo de representación de los trabajadores y acudir a la reunión del Comité Electoral que él mismo había convocado” (Caso Lagos del Campo Corte IDH,, 2017). Tanto es así que, se debe tener en cuenta, “la doble dimensión del derecho de asociación” (Caso Lagos del Campo Corte IDH,, 2017), por un lado se violó el derechos de ser representante de los trabajadores, y además se

¹⁰ **Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.** -

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹¹ **Artículo 8. Garantías Judiciales.** - 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

violó el derecho de sus representados, como beneficiarios de ese derecho asociativo, en ese sentido, dado el contexto y la época en que se cometieron estos actos, la Corte IDH destacó que dicho despido, posiblemente tuvo un efecto amedrentador e intimidante al haber sido realizado como una represalia por sus declaraciones, es por ello que también, se declaró la violación del artículo 16.1¹² y 26 en relación con los artículos 1.1¹³, 13¹⁴ y 8¹⁵ de la Convención Americana.

Finalmente, la Corte IDH trata el tema, del derecho de “acceso a la justicia”, es en este apartado donde se observó que el demandante, interpuso hasta siete recursos y solicitudes ante el Poder Judicial Peruano, con el fin de anular la decisión de segunda Instancia, que consideraba que su despido había sido lícita y conforme a la normatividad vigente, por lo tanto, se habría procedido de forma regular. Al analizar cada respuesta u omisión judicial de esos siete recursos presentados, la Corte IDH advirtió diversas irregularidades y omisiones, por lo que estableció que, el Estado

¹² **Artículo 16. Libertad de Asociación** 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

¹³ **Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos**

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

¹⁴ ¹⁴ **Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión.** - 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

¹⁵ **Artículo 8. Garantías Judiciales.** - 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

peruano había “violado los derechos y garantías judiciales de la protección judicial.” (Caso Lagos del Campo Corte IDH., 2017).

Tomando en cuenta que el despido fue impuesto como una sanción, por un actor no estatal, este caso se resuelve desde el punto de vista del deber de garantía que el Estado peruano debió de brindar al trabajador. En ese sentido “los tribunales nacionales tenían un papel fundamental como garantes de los derechos fundamentales” (Caso Lagos del Campo Corte IDH., 2017). Por lo que, bajo ese contexto, las autoridades judiciales ahora tienen la obligación de resolver el conflicto, atendiendo a las obligaciones que establecen los derechos humanos suscritos por el Perú en la materia. Por lo que, se concluyó que, “el Estado, mediante sus autoridades judiciales, incumplió el deber de garantía al validar una sanción incompatible con la Convención Americana” (Comision Interamericana de Derechos Humanos, 2015)

Para nuestro tema de análisis resulta, por demás interesante, el pronunciamiento en favor del derecho a la estabilidad laboral, haciendo una interpretación de la propia Convención, Declaración Americana y la carta de la OEA, en ese sentido, la Corte IDH estableció que, existe el derecho a la estabilidad en el empleo, por lo tanto, los estados parte deberían tener reglas, tanto para determinar los alcances de la estabilidad en el empleo y sus causales de extinción, como para que, en caso de no existir estabilidad se den las correspondientes indemnizaciones, cuando se termine la relación de empleo sin justificación.

Con la finalidad de determinar el alcance y/o contenido del derecho a la estabilidad laboral, establecidos en el ya mencionado artículo 26 de la Convención. La Corte IDH interpretó la carta de la OEA y la declaración americana sobre derechos y deberes del hombre, al amparo de lo establecido en el artículo 29 de la Convención¹⁶. En este sentido, estableció que las obligaciones del Estado Peruano, en cuanto a “la protección del derecho a la estabilidad laboral en el ámbito privado, se traducen en deberes específicos para el Estado” (Caso Lagos del Campo Corte IDH., 2017). En este caso se resaltó el hecho que, frente al despido injustificado por parte de una empresa, el

¹⁶ Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

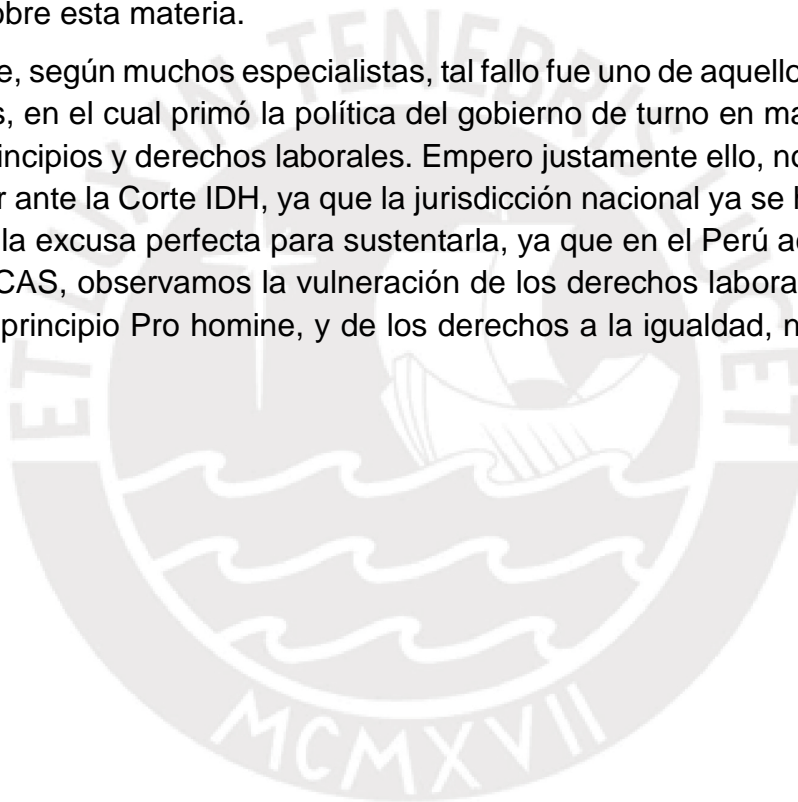
Artículo 31. Reconocimiento de Otros Derechos

Podrán ser incluidos en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los procedimientos establecidos en los artículos 76 y 77.

Estado peruano no adoptó las medidas adecuadas con el fin de proteger tal vulneración del derecho al trabajo, y esto por avalar un despido injustificado en sus instancias judiciales, motivo por el cual Lagos del Campo perdió su empleo y la posibilidad de acceder a una pensión por jubilación. Por lo tanto, la Corte consideró, que el Estado peruano no tuteló el derecho a la estabilidad laboral, derivado de la interpretación del artículo 26 de la convención americana,

A manera de conclusión, podemos referir que, este trabajo busca, concientizar a los lectores, críticos y personas comunes, que existe un camino jurídico real y concreto que es la convencionalización, bajo el cual se pueden hacer respetar los derechos laborales, tanto más que, como vimos en la primera sección fue el TC quien declaró la constitucionalidad de la norma del CAS, y con ello cierra las puertas para futuras demandas sobre esta materia.

Está claro que, según muchos especialistas, tal fallo fue uno de aquellos controversiales y atentatorios, en el cual primó la política del gobierno de turno en materia laboral, por encima de principios y derechos laborales. Empero justamente ello, nos abre el camino para accionar ante la Corte IDH, ya que la jurisdicción nacional ya se habría agotado, y sería el CAS la excusa perfecta para sustentarla, ya que en el Perú actualmente por la vigencia del CAS, observamos la vulneración de los derechos laborales, a la luz de la violación del principio Pro homine, y de los derechos a la igualdad, no discriminación, equidad etc.



CUARTA SECCIÓN

¿ES POSIBLE LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL CAS?

Conforme ya se tiene establecido, nuestro país como estado y sujeto de derecho, se encuentra adherido a los lineamientos de las Convenciones, Pactos, Tratados y Protocolos, es decir, al Bloque de Convencionalidad, el cual fue acogido como parte de nuestra legislación nacional mediante las diversas modalidades, como por ejemplo en el caso de los tratados internacionales con la aprobación del Congreso de la República. Siendo así, resulta claro reiterar que el Perú, se encuentra normativamente supeditado a lo dispuesto en el bloque de convencionalidad, y por lo tanto subordinado de forma vinculante a las sentencias que imparte la Corte IDH, y las opiniones del CIDH.

Como ya definimos, tal bloque de convencionalidad, se encuentra conformado en estricto, por las normas de carácter internacional, así como también, de las diversas sentencias u opiniones, de los máximos órganos jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos. Tales fallos, representan jurisprudencia vinculante y de reconocimiento absoluto por parte de los países adscritos, y en este caso el Perú, por cuanto en ellos, -los fallos- se refleja una interpretación consolidada de lo que los derechos fundamentales protegen y/o pretenden proteger, mediante la activación de los principios, derechos y garantías que son inherentes a la persona humana en todos los ámbitos jurídico – normativos, buscando siempre resguardar su dignidad, y propender a que este se desarrolle integralmente en la sociedad, tanto es así que, la Corte IDH y la CIDH, han emitido diversas sentencias y opiniones consultivas, propiciando y recomendando a los países la propia modificación de su regulación vigente si acaso esta vulnera algún derecho fundamental. Ello lo decimos para esbozar el alcance que logra tener los máximos entes jurisdiccionales.

Para nuestro caso en particular, buscamos dilucidar, cómo es que, dicho bloque de convencionalidad, protegería los derechos de los trabajadores, que se encuentran actualmente suscritos al régimen laboral del CAS. Tal discusión nos ha transportado a observar el derecho al trabajo, desde una perspectiva de derecho internacional, empero no de forma comparativa con otros países, por el contrario con un criterio unificador, para ello, ponderamos como dicha perspectiva de observación, a una noción convencional del derecho al trabajo, dentro del cual se alberga el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los principios y derechos laborales que lo rigen y que además son estos, los que garantizan que el trabajador se desarrolle como persona humana dignificando su existencia como tal.

Ahora bien, como ya mencionamos, en nuestro país, se mantiene vigente el régimen laboral CAS, gracias a una cuestionada sentencia del TC. A estas alturas como ya es conocido, dicha sentencia del TC (Proceso de Inconstitucionalidad CAS, 2010) resultó ser completamente arbitraria, y hasta cabe mencionar, de corte político, favoreciendo así al gobierno de turno para su aplicación y que hasta hoy trae consigo diversos atisbos

de vulneración de derechos laborales, y solo como ejemplo de lo atentatoria que es esta norma, podemos referir que se vulneran el derecho a la Igualdad y el derecho a un trabajo digno, evidentemente existe muchos más derechos vulnerados, pero consideramos ellos como los más graves, ya que, en ellos radica de manera más evidenciable la contravención de los principios generales y específicos que protegen a la persona humana como trabajador.

Cabe precisar, que en este trabajo de investigación, se parte desde la premisa que, el CAS pese a ser un tercer régimen laboral, este es utilizado únicamente para la contratación estatal, mas no por el sector privado, por lo tanto al mencionarse su carácter especialísimo privativo del sector público comienza la divergencia en su aplicación y esto lo decimos por su carácter “laboralizado” (Dominguez, 2010) que presenta, vale decir su similitud y aproximación al régimen privado y su antagonismo con el vetusto -pero no desfavorable - régimen de la actividad pública (Dec. Leg. 276). De tal manera que, así iniciaría la desigualdad entre los trabajadores contratados por y para el Estado.

Dicho tercer régimen, nos enrostra pues, una inmensa precariedad en el campo del derecho al trabajo, donde en medio de la globalización, ya deberían respetarse los derechos fundamentales de las personas y más aun de los trabajadores; que independientemente de la labor que realizan o el tipo de contrato laboral que mantienen con el Estado, son víctimas de desigualdades, las cuales el TC no advirtió -o no quiso advertir- al momento de resolver la demanda de Inconstitucionalidad planteada, es por ello que con carácter pacificador y buscando una posición ajena y dirimente, pretendemos recurrir a lo desarrollado por los máximos intérpretes de los derechos humanos, los que utilizando como herramienta fundamental el bloque de convencionalidad, emiten sus sentencias, las mismas que nos han enseñado, cómo es que, mediante el análisis de principios generales -en algunos casos- y específicos, -en otros- se puede llegar a una probable justicia, procurando un equilibrio basado en garantías internacionales de derecho laboral.

Hasta este punto, está claro que, nos encontramos ante un proceso evolutivo constante de la ciencia del derecho, ya que, desde los años noventa en adelante, se propuso y se desarrolló, la teoría del “Neoconstitucionalismo”¹⁷ (Figuroa, 2010), o también llamado “la Constitucionalización del Derecho”¹⁸ (Landa, 2013) dentro del cual se advertía que todas las normas infra constitucionales e infra-legales, debían tener una orientación directa a la constitucionalización de su texto normativo, vale decir debían -

¹⁷ El neoconstitucionalismo representa una nueva teoría del Derecho y reposiciona la actividad interpretativa a través de nuevos enunciados cuya matriz de pensamiento es su necesaria compatibilidad con los principios, valores y directrices que informa la Constitución, (Figuroa, 2010)

¹⁸ la Constitución tiene eficacia directa no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más, (Landa, 2013)

y deben- respetar la supremacía de la Constitución, su doctrina y su línea interpretativa, ya que, de lo contrario esta devenía en inconstitucional.

Tal análisis normativo, se realizaba con la utilización de los procesos de inconstitucionalidad y acción popular, a ello, se añadieron los llamados controles: “difuso”¹⁹ (caso Salazar Yariénque, TC 2006) y “Concentrado”²⁰ (caso Hoja de coca TC, 2005), todo ello con el ánimo de velar por una correcta y férrea, protección de los derechos fundamentales contenidos en la “ley de leyes” (Landa, 2013). Esta evolución garantista y protectora del Derecho en general, es una tendencia nueva y actual, donde los Derechos Fundamentales, no solo deberían ser protegidos por la Constitución, sino también por las normas creadoras de estos derechos fundamentales, vale decir, las normas de carácter internacional, que dieron su origen, y se mantienen vigentes, buscando la mayor “Humanización del Derecho”²¹ (Dnras de Clément, 2000), mediante la ponderación de la dignidad de la persona humana como fin supremo. De esta manera se busca estandarizar y unificar criterios de protección los cuales permitan el desarrollo del trabajador en los diversos aspectos de su vida, y para el tema que nos ocupa, la vida laboral.

En otras palabras, otorgarles a los derechos humanos, un poder o carácter normativo, de aplicación y respeto irrestricto, y con ello garantizar que toda norma, resolución o acto emitido por las autoridades de un Estado, que sean contrarios a ellas, inmediatamente sean expulsadas del espectro normativo por resultar inconventionales, o de ser el caso modificarlas vertiendo criterios rectores acordes a los lineamientos que dispone el ya referido bloque de convencionalidad.

En ese orden de ideas, como se sabe, el sector público presenta características propias para la contratación de sus trabajadores, es por ello que, no se podría llegar a realizar una comparación per se o intentar equipararlo con el derecho laboral del régimen del sector privado, y esto no solo porque el Estado no tiene fines de lucro, con lo cual se limita la posibilidad de cumplir con un derecho establecido para el ámbito privado, como es el reparto de utilidades. Sino también por una política de estado, que es contraria a la estabilidad laboral en el sector público. Empero como es evidente pese a que ambas modalidades tienen una modalidad contratación diferente, y más aún son tipos de regímenes diferentes, pero -algo que debemos de tener siempre presente-, todos los sistemas o regímenes laborales; tienen como base, principios, derechos y garantías,

¹⁹ Todo Tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infra constitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: a) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; b) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución, (Caso Salazar Yariénque, 2006)

²⁰ Aun cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, también tiene una dimensión subjetiva, pues si bien el control concentrado de las normas tiene como finalidad inmediata defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene, como fin mediato, impedir su aplicación, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos, (Caso Hoja De Coca, 2005)

²¹ Protección Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario (Dnras de Clément, 2000)

que no se pueden eludir y que representan el llamado “Núcleo Duro”²² (Amaya, 2004) del Derecho Laboral. Como, por ejemplo, es el caso del principio a la igualdad, primacía de la realidad, entre muchos otros, que, si se encuentran establecidos por el derecho internacional como derechos humanos y en específico en los tratados y pactos sobre derechos laborales Y son justamente ellos, los que otorgan la posibilidad poder plantear nuestro problema de investigación. El cual lo manifestamos con las siguientes preguntas: ¿Es posible erradicar o modificar el CAS vía control de convencionalidad? ¿Es posible convencionalizar el CAS? O, dicho de otro modo. ¿Es posible o factible que los trabajadores CAS en el Perú puedan ser amparados mediante un Control de Convencionalidad?

Si bien por lo ya estudiado, podríamos desde ya, dar una respuesta, esta sería una afirmativa simple -Si- Empero, tal respuesta por más que resulte acorde con lo que ya describimos anteriormente, aun quedaría vacía, pese a ya tener una línea argumentativa que pretendemos esbozar y desarrollar para que así se marque el inicio del camino a seguir, claro está, que ello se realiza en base a los criterios tendientes a la unificación del derecho laboral en estricto y que como resulta evidente, es lo que persiguen los derechos fundamentales. Es decir, como es sabido, los países miembros que acogieron al bloque de convencionalidad, tienden a estandarizar, los derechos fundamentales, garantizando su supremacía y esforzándose para asegurar su plena defensa, de tal modo que todos estos países, lo que en el fondo pretenden es alcanzar, la unificación de su legislación a la luz del respeto de dicho bloque, ya que de ser contrario a él, devendría a una vulneración directa a los derechos fundamentales por lo que serían pasibles de sanciones u otro tipo de correctivos.

Resulta claro, que la referida unificación legislativa se dará con las particularidades propias de cada país miembro, ya que cada idiosincrasia poblacional ajustará tales medidas según su forma y modo de convivencia social, por lo tanto, lo que pretendemos es justificar nuestra posición, haciendo ver las deficiencias y vulneraciones que tiene el CAS para así, impulsar una argumentada y razonada demanda, y esta sea analizada por las máximos órganos jurisdiccionales de los derechos humanos, los cuales, como en la sentencia del caso Lagos del Campo versus Perú, emitan un pronunciamiento final, el cual estamos convencidos que será acorde a la interpretación ya vertida en el presente trabajo y sobre todo en base al derecho a la igualdad, al trabajo y los demás derechos humanos.

Como ya se dejó en claro, una vez emitido el fallo, este será de carácter vinculante para los demás países que se encuentran adscritos a la jurisdicción Corte IDH, con lo cual se establecerá un precedente internacional, el cual será de utilidad para cualquier trabajador que se encuentre en estado de vulneración y tenga la necesidad de iniciar

²² Grupo de derechos y principios generales reconocidos por los tratados internacionales, los cuales no se pueden limitar o restringir por parte de un Estado parte incluso en regimenes de excepción. (Amaya, 2004)

un proceso judicial o ya se encuentre con uno en trámite en su país, ya que, utilizando el bloque de convencionalidad, dicho trabajador tendrá la posibilidad de usar en su defensa los lineamientos que estamos considerando en esta investigación, que estamos seguros se establecerán en el mismo sentido por la Corte IDH, ya que aquí pretendemos generar certeza de que, lo que buscamos es posible con seguridad.

Con una sentencia favorable o no, lo que se consigue en adelante, es pues una estandarización de los derechos laborales, y ello no solo porque como dijimos las sentencias de la Corte IDH son vinculantes, sino también porque, en ellas existen las denominadas recomendaciones y directrices para la obediencia de lo que se resuelve, incluso poniendo parámetros de tiempo para que los países acomoden su legislación acorde a lo resuelto, tanto es así que, luego de pasado ese periodo es la misma Corte IDH quien inspecciona o pide informes sustentados -por lo menos al país que fue parte en el proceso- sobre el avance de la puesta en vigor de la sentencia o las recomendación, que dicho sea de paso de ser incumplidas o de retardar su aplicación recaerían en responsabilidad, siendo objeto de llamadas de atención o incluso sanciones de índole diplomático – internacional.

Somos conscientes que, en caso de emitirse un fallo favorable, lo único que nos aguarda sería el establecimiento de un régimen laboral sea público o privado de acuerdo a derecho, es decir, se tendría que establecer un estándar normativo con el respeto a los derechos humanos y más específicamente con el derecho al trabajo. En otras palabras, se erradicaría definitivamente las desigualdad o discriminación, se respetaría el principio de primacía de la realidad y se llegaría a tener un trabajo digno. Estamos convencidos de que no solo en el Perú, sino también en los países miembros se implantaría un régimen laboral general, provisto de todas las garantías, principios y derechos, respetándose el desarrollo integral de la persona, buscando alcanzar su fin supremo que es la igualdad y dignidad humana.

Pero algo que no debemos dejar pasar es que todo ello implicaría tener una suerte de justicia meritocrática, lo cual viene ligado con el principio de igualdad, es decir si bien todos deben ser tratados y considerados en forma igualitaria ello conlleva a que ese trato debe ser equitativo, con ello nos referimos a que, si bien las personas con las mismas capacidades tengan un mismo cargo y remuneración, personas que no tengan las mismas capacidades no podrían tener ese mismo cargo y/o remuneración, ubicándoseles en el nivel que las corresponda, es decir un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Ahora volviendo a nuestra realidad y para el caso que nos ocupa, ¿el Perú tiene las posibilidades de alcanzar una verdadera convencionalidad del CAS y por ende del derecho laboral público, y de esta manera intentar alcanzar la modificación o erradicación definitiva del CAS con las obvias consecuencias laborales y pecuniarias que generaría para el Estado? Consideramos que es el tiempo justo para accionar de

esta manera, debido a que es la oportunidad más clara que podemos tener para lograr grandes resultados tan solo en base al derecho a la Igualdad y en aplicación del principio de primacía de la realidad. Mas que todo para los que ahora mantienen el vínculo laboral de CAS, los cuales serían directamente beneficiados con lo que planteamos en este trabajo.

Lo dicho en el párrafo anterior, guarda directa asertividad, y ello porque, como es sabido, estamos a portas de entrar en una nueva etapa de contratación laboral, el cual es el régimen del servicio civil, que encontrándose legalmente vigente, aun no es utilizado en forma total en las instituciones del Estado, y que como sabemos traerá consigo nuevas ideas, nuevas dificultades, quizá nuevos beneficios, es decir, aún se mantiene en un limbo, habida cuenta que, es regla común en nuestro país, que lo que se encuentra redactado en las normas no siempre es lo que realmente ocurre en la realidad, evidentemente se permite la perfectibilidad de ellas, pero ello solo se dará hasta la puesta en práctica en forma plena, de tal manera que al ser un nuevo régimen, este deberá ser analizado por los especialistas en el tema seguramente bajo nuevos supuestos y argumentos que ya serán materia de nuevos y más distantes pronunciamientos.



PROYECTO DE LEY 2580/ 2017 – CR

PROYECTO DE LEY. - 2580 / 2017 – CR QUE BUSCA LA ELIMINACIÓN DEFINITIVA DEL CAS E INCORPORA A LOS TRABAJADORES AL RÉGIMEN LABORAL ORDINARIO DE SU ENTIDAD EMPLEADORA

Como dato reciente para este trabajo de investigación se tiene que el día 20 de marzo del 2018, la comisión de Trabajo del Congreso de la república, aprobó el proyecto de ley mediante el cual se dispone el traslado de 275.140 trabajadores que se encuentran contratados bajo el régimen de CAS a la planilla del Estado según el régimen laboral común de la entidad para la cual labora. Vale decir de preferencia será hacia el Dec Leg 728 o en caso la entidad no cuente con este, serán trasladados al Dec Leg 276 siempre que se encuentren realizando labores permanentes al momento de la promulgación. Hasta el cierre del presente trabajo el documento tiene pendiente el debate y votación en el pleno de poder Legislativo.

Este proyecto de ley cuenta con cinco artículos y tres disposiciones complementarias, donde se observa una proyección de cumplimiento no mayor a cinco años vale decir que al término de este periodo todos los CAS deberán pertenecer a otro régimen laboral. Por otro lado, si bien se busca la completa eliminación del CAS, también se establecen ciertos requisitos para que un trabajador sea trasladado de régimen, así tenemos los siguientes.

Como un marco general de los requisitos, se tendrá en cuenta la antigüedad del trabajador estatal y su edad, además, serán excluidos de esta ley, los trabajadores CAS de confianza.

En un plano específico, el primer requisito es que “esta ley será aplicada para los trabajadores CAS que se encuentren realizando labores permanentes al momento de su promulgación”. Al respecto por lo estudiado en la presente investigación, tenemos claro y esperamos que el Estado tenga claro a que se refiere con una labor permanente, ya que este fundamental aspecto, sigue siendo el centro del conflicto de posiciones para la inserción laboral a las planillas del Estado.

El segundo requisito es que el trabajador haya sido contratado mediante CAS dos años continuos o tres de modo discontinuo, dentro del periodo de los últimos cuatro años. El propio proyecto de ley, establece además que, estos plazos se computan a la fecha de publicación del reglamento de la ley.

El tercer requisito es que el trabajador beneficiado debe haber ingresado a laboral mediante concurso público, o que haya tenido vínculo laboral de servicios no personales y que posterior a ello haya suscrito un contrato CAS.

Finalmente, los requisitos cuarto y quinto son directamente relacionados entre sí ya que los trabajadores deben cumplir con los requisitos idóneos para ocupar el puesto laboral y además de no tener lo impedimentos legales para laboral y contratar con el Estado.

En el articulado de este proyecto se establece además que, serán los organismos del Ministerio de Trabajo, la Autoridad Nacional del Servicio Civil y el Ministerio de Economía y Finanzas los encargados de elaborar el reglamento de la ley para su aplicación.

Con relación a este punto el anterior gabinete ministerial presidido por Mercedes Araos informo que existen serias preocupaciones en el MEF respecto a este proyecto de ley debido a la carga fiscal que conllevaría, pues el traspaso de los trabajadores CAS a la planilla del Estado se calcula representaría un gasto para el horario nacional de aproximadamente dos mil doscientos millones de soles



QUINTA SECCIÓN

CONCLUSIONES

- 1.** El Bloque de Convencionalidad alberga los principios, garantías y derechos del hombre y por lo tanto del Derecho del trabajo; siendo así, todos los aspectos relacionados con el mundo laboral deben ceñirse a sus disposiciones. En el caso del principio de Igualdad y de la Primacía de la realidad, a la luz de lo estudiado, no se encuentran considerados en el CAS. Siendo así, este régimen no se encuentra en una relación armónica y concordante con el Bloque de Convencionalidad, por lo que resulta ser inconvencional.
- 2.** Los elementos configurativos sirven de base para que una persona sea considerada como trabajador y, además, para cuando se encubre una relación laboral por otra de distinta naturaleza, por lo evidenciado, reafirmamos el carácter vulneratorio del CAS, que genera desigualdades y discriminación entre trabajadores que desempeñan una misma labor.
- 3.** Nuestra Constitución y el Bloque de Convencionalidad, tienen establecido como derecho - principio fundamental a la igualdad y la no discriminación, pero ellos no surten sus efectos garantizadores en los trabajadores del CAS frente a trabajadores de otros regímenes laborales.
- 4.** En el Perú existen incongruencias jurisprudenciales entre el TC y el PJ sobre el CAS, en ese sentido, un camino armonizador de la jurisprudencia nacional, es el pronunciamiento de la Corte IDH con ello se generará jurisprudencia y doctrina uniforme que incluso servirá de guía para el nuevo régimen de la ley del Servicio Civil.
- 5.** La Corte IDH debería estimar la demanda en contra del CAS y bajo el poder que le asiste, establecer parámetros fundamentales al amparo del derecho a la igualdad y sobre el principio de primacía de la realidad y por ser jurisprudencia vinculante, se aplicará de forma homogénea a todos los casos en materia laboral en nuestro país y países miembros.
- 6.** Son muestra de la reivindicación laboral: la promulgación de la ley 30555 – 2017, los proyectos de ley 1455/2016, 1744/2017, 1844/2017, 1852/2017, y 1888/2017, además que el Poder Judicial admite a trámite demandas de reposición referidas al CAS, y finalmente el propio TC ha flexibilizado su criterio, imponiendo menores requisitos de admisibilidad para proceder mediante amparo.
- 7.** Es posible tener un futuro mejor para los trabajadores con la puesta en vigencia de la Ley del Servicio Civil, pero las leyes que excluyen a las instituciones bajo los argumentos de su especialización impedirán su plena operatividad, por lo que, su implementación generará una nueva discordancia entre trabajadores, enfrentando a los CAS también con el Servicio Civil y con los demás regímenes laborales.

8. Como se observó en el caso Lagos del Campo versus Perú, una sentencia de la Corte IDH sin importar el resultado final, imparte reglas claras en aplicación de los derechos humanos y principios laborales, no solo para el Perú, sino también, para los demás países adscritos a su jurisdicción, siendo así, podríamos propiciar una Convencionalización del Derecho Laboral, es decir buscar una estandarización laboral en los países miembros, además de disponer de una herramienta basada en derechos humanos, con la cual amparar las demandas laborales, cumpliendo así nuestro principal objetivo que pretendemos alcanzar con este trabajo de investigación.



BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, V. (2011). Pronunciamiento de la corte suprema de Justicia sobre acciones mero declarativas y salario. Caracas.
- Amaya Villareal, A. F. (2004). El Nucleo Duro De Los Derechos Humanos: Practica Juridica En Colombia 1991 - 2004. Bogota D.C.: Pontificia Universidad Javeriana. Obtenido de http://www.alfonsozambrano.com/nueva_doctrina/05052013/ndp_nucleo_DD.HH.pdf
- Belleza Salazar, M. (2009). Gestion de Recursos Humanos en el Sector Publico. Lima: Ediciones Caballero.
- Bendezu Neyra, G. (2005). Legilación Laboral para Funcionarios y empleados publicos: exegesis y casuistica. Lima: Lima Editories.
- Bianchi, A. (1992). Control de Constitucionalidad, El proceso y la jurisdicción Constitucionales. Buenos Aires: Editora abaco.
- Blancas Bustamante, C. (2007). Derechos Fundamentales de la Persona y la relación de Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Canessa Montego, M. (2008). Los Derechos Laborales. La Protección De La Libertad En El Mundo Del Trabajo, 30 -32. Obtenido de <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/BASES/doctrina/canessaart.htm>
- Caso Belisario Armando Vasquez Campos, 03971-2005-AA/TC (Tribunal Constitucional 08 de Agosto de 2006).
- Caso Cas, N° 0002-2010-PI/TC (Tribunal Constitucional del Peru 29 de Marzo de 2012). Obtenido de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2010_AI.html
- Caso Clever Inocencia Retis, 0593-2006-HC (Tribunal Constitucional 03 de Febrero de 2009). Obtenido de http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia_sentencias.shtml?x=2462
- Caso Crispn Viuda De Prado, Exp. 719-2010-Be (Corte Suprema De Justicia Del Peru 06 De Julio de 2012).
- Caso Darlyn Denniis Valencia Llamoca, Casación N° 12475-2014 Moquegua (Segunda Sala Constitucional Y Social Transitoria De La Corte Suprema De Justica 17 De Diciembre De 2015).
- Caso Felipa Monica Caceres Callata., 01211-2006-Aa/Tc (Tribunal Constitucional 03 De Julio De 2007).
- Caso Hoja De Coca, N.º 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados) (Tribunal Constitucional 26 de Setiembre de 2005).

Caso Huatuco Huatuco, Exp. 5057-2013-Pa/Tc (Tribunal Constitucional 16 de Abril de 2015).

Caso Julio Rolando Morales Palomino, 08086-2005-Aa/Tc (Tribunal Constitucional 29 De Octubre De 2006).

Caso Margiory Nancy Loayza Calderon, 02371-2004-Aa/Tc (Tribunal Constitucional 06 De Julio De 2005).

Caso Marleni Pezo Cotrina, Exp. N.º 00218-2013-Pa/Tc (Tribunal Constitucional 2014 De Marzo De 2013).

Caso Ramirez Ramirez, 182-2009 Tumbes (Corte Suprema De Justicia Del Peru 12 De Junio De 2009).

Caso Ramon Hernando Salazar Yarlenque, N.º 03741-2004-Aa/Tc Fecha De Publicación (Tribunal Constitucional 10 De Octubre De 2006).

Caso Roy Marden Leal Maytahuari, Exp. N.º 03818-2009-Pa/Tc (Tribunal Constitucional 2010 De Octubre De 2010).

Caso Vilca Vilca Ruth Madeleyne, Exp. N.º 27013-2013-0-1801-Jr-La-03 (Cuarta Sala Laboral Permanente De Lima, Tribunal Unipersonal 17 De Julio De 2015).

Caso: Carlos Alberto País Lezcano, 2040 - 2004-Aa/Tc (Tribunal Constitucional Del Perú 13 De Marzo De 2005). Obtenido De [Http://Gaceta.Tc.Gob.Pe/Jurisprudencia-Sentencias.Shtml?X=339](http://Gaceta.Tc.Gob.Pe/Jurisprudencia-Sentencias.Shtml?X=339)

Caso: Cruz Llanos, Exp. N.º 06681-2013-Pa/Tc (Tribunal Constitucional 23 De Junio De 2016).

Cavalié Cabrera, P. D. (2010). Lo Bueno, Lo Malo Y Lo Feo De La Sentencia Del Tribunal Constitucional Sobre El Cas. Dialogo Con La Jurisprudencia, 35.

Chirinos Portillo, L. M. (2015). La Evolucion Del Trabajo Como Derecho Humano Mediante Los Principios De Derecho Del Trabajo. Cuestiones Políticas, 50 - 73.

Congreso Internacional. (2005). Reforma De La Constitución Y Control De Constitucionalidad . Bogota: Pontificia Universidad Javeriana.

Córdova, E. (1997). Instituciones De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social. En D. B. Otros, Naturaleza Y Elementos Del Contrato De Trabajo (Pág. 306). México.

De Buen Lozano, N. (1997). Instituciones De Derecho Del Trabajo Y La Seguridad Social. Mexico Df: Universidad Autónoma De Mexico.

Decreto Legislativo N.º 1057, N.º 1057 (Poder Ejecutivo 29 De Junio De 2008).

- Dominguez Beltran, A. (25 De Agosto De 2010). Derecho trabajoperu. Obtenido De <Http://Derechotrabajoperu.Blogspot.Pe/2010/08/Contrato-Administrativo-De-Servicios.Html>
- Drnas De Clément, Z. (12 De Setiembre De 2000). Academia Nacional De Derecho Y Ciencias Sociales. Obtenido De Reflexiones Desde El Modelo Multidimensional Sobre "La Humanización Del Derecho Internacional Público": <File:///C:/Users/Toshiba/Downloads/Artlaumanizacion.Pdf>
- El Comercio, D. (16 De Marzo De 2012). Diario El Comercio Http://Elcomercio.Pe/Economia/1388149/Noticia-Congreso-Aprobo-Eliminacion-Progressiva-Regimen-Cas_1. Obtenido De Http://Elcomercio.Pe/Economia/Peru/Congreso-Aprobo-Eliminacion-Progressiva-Regimen-Cas_1-Noticia-1388149
- Figuroa Gutarra, E. (2010). Neoconstitucionalismo E Interpretación Constitucional. Revista Juridica Del Peru , 56 - 57. Obtenido De <Https://Edwinfiguroag.Wordpress.Com/9-Neoconstitucionalismo-E-Interpretacion-Constitucional/>
- Fontelles Advocats, E. (27 De Setiembre De 2016). Fontelles Advocats. Obtenido De Fontelles Advocats - España: <Http://Fontelles.Com/Principio-Protector-Derecho-Laboral/>
- Frota Araujo, F. R. (2000). Derecho Constitucional Y Control De Constitucionalidad En Latinoamerica. Brasilia: Casa José De Alencar.
- Gaceta Constitucional, , 0804-2008-Aa/Tc Caso Carlos Julio Eduardo Pezantes Alva (Tribunal Constitucional 06 De Mayo De 2009).
- Gaceta Constitucional, T. (13 De Marzo De 2005). N.º 2040-2004-Aa/Tc Caso Carlos Alberto País Lezcano. Obtenido De Pagina Oficial Del Tribunal Constitucional: <Http://Gaceta.Tc.Gob.Pe/Jurisprudencia-Sentencias.Shtml?X=339>
- Gaceta Del Tribunal Constitucional , N.º 0008-2005-Pi/Tc Caso: Ley Marco Del Empleo Público (Tribunal Constitucional 13 De Setiembre De 2005). Obtenido De <Http://Gaceta.Tc.Gob.Pe/Jurisprudencia-Sentencias.Shtml?X=936>
- Gaceta Juridica, T. (2008). Dialogo Con La Jurisprudencia. Obtenido De Dialogo Con La Jurisprudencia: Http://Dataonline.Gacetajuridica.Com.Pe/Clp/Contenidos.DII/117_Tomos_2008_2009/Raiz00000.Htm/Tomo09043.Htm/Seccion09058.Htm/Tema09127.Htm/Sub-Tema09134.Htm/Articulo_Nivel09135.Htm
- Gaceta Tribunal Constitucional, N.º 3710-2005-Pa/Tc. Caso Alberto Dolcey Pintocatalao Murgueitio, (Tribunal Constitucional 29 De Marzo De 2006).

- García Belaunde, D. (2013). El Control De Convencionalidad En El Perú. Pensamiento Constitucional N° 18, 223-241.
- García Martínez, M. A. (2005). El Control De Contitucionalidad De Las Leyes, Recurso Y Cuestion De Inconstitucionalidad. Lima: Juristas Editores.
- Gastañadui, A. (17 De Marzo De 2012). Personal Del Cas Tendrá Doble Gratificación Este Año. El Comercio. Recuperado El 27 De Marzo De 2017, De [Http://Elcomercio.Pe/Economia/Negocios/Personal_Cas_Tendra_Doble_Gratificacion-Este-Año-Noticia-1388603](http://Elcomercio.Pe/Economia/Negocios/Personal_Cas_Tendra_Doble_Gratificacion-Este-Año-Noticia-1388603)
- Gazmuri, C. (2008). Los Derechos Fundamentales En La Empresa. Algunas Perspectivas De Genero, P 04.
- Huaman Ordoñez, L. A. (2012). Cas, El Contrato Administrativo - Laboral Especial De Servicios. Lima: Grijley.
- Huatuco Huatuco, 05057-2013-13a/Tc (Tribunal Constitucional 16 De Abril De 2015).
- La Ley. (07 De Agosto De 2015). La Ley, El Angulo Legal De La Noticia. Obtenido De Laley.Pe: [Http://Laley.Pe/Not/2666/-Precedente-Huatuco-Sala-Laboral-Considera-Que-Vulnera-Derechos-Constitucionales/](http://Laley.Pe/Not/2666/-Precedente-Huatuco-Sala-Laboral-Considera-Que-Vulnera-Derechos-Constitucionales/)
- Lalane, J. E. (2015). Los Principios Del Derecho Del Trabajo". Revista De Derecho - Ucu, 135 - 177.
- Landa Arroyo, C. (2013). La Constitucionalización Del Derecho Peruano. Derecho Pucp, 13 - 36.
- Ley 30555, Ley Que Incorpora Al Regimen Laboral Del Decreto Legislativo 728 A Los Trabajadores No Profesionales, Asistenciales Y Administrativos De Essalud Que Se Encuentren Bajo El Regimen De Contratacion Administrativa De Servicios (El Congreso De La República 17 De Abril De 2017).
- Ley 30555, Personal Cas De Essalud Se Incorpora Al Régimen Privado Dec. Leg. 728 (Congreso De La Republica 26 De Abril De 2017).
- Limas Vasquez, R. (2008). El Contrato De Servicios: Una Solución O Un Problema? Revista Jurídica Del Perú, 55.
- Manzana Laguarda, R. (2006). Derechos Y Deberes Del Funcionario Publico. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Mundo Juridico. (02 De Noviembre De 2005). Mundo Juridico - Lex Guayana. Obtenido De [Http://Lexguayana.Blogspot.Pe/2005/11/Principios-Fundamentales-Del-Derecho.Html](http://Lexguayana.Blogspot.Pe/2005/11/Principios-Fundamentales-Del-Derecho.Html)
- Nash, C. (2016). Control De Convencionalidad. Cuadernillo De Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos N° 07, 1 - 25.

- Neves Mujica, J. (2005). Prologo "El Futbolista Profesional Y Sus Derechos Laborales". En E. G. Arce Ortiz, El Futbolista Profesional Y Sus Derechos Laborales (Págs. 11, 12). Lima: Ara.
- Neves Mujica, J. (2009). Introducción Al Derecho Del Trabajo. Lima: Fondo Editorial De La Pontificia Universidad Católica Del Perú.
- Neves Mujica, J. (2010). Principales Objeciones Al Contrato Administrativo De Servicios. Foro Jurídico, N° 10 Pucp, 246.
- Organización Internacional Del Trabajo, O. (15 De Mayo De 2017). Organización Internacional Del Trabajo. Obtenido De [Http://Www.Ilo.Org/Global/About-The-Ilo/Lang--Es/Index.Htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang-es/index.htm)
- Pacheco Sanchez, R. (Mayo De 2003). Investigación Sobre Los Derechos Humanos. Obtenido De [Www.Unilibrebaq.Edu.Co](http://www.unilibrebaq.edu.co): [Http://Www.Unilibrebaq.Edu.Co/Pdhulbq/Publicaciones/Dhclasificacion200305.Doc](http://www.unilibrebaq.edu.co/Pdhulbq/Publicaciones/Dhclasificacion200305.Doc)
- Palomeque Lopez, M. C. (2001). Derecho Del Trabajo. 9na Ed. (Vol. 9na Ed). Madrid: Centro De Estudios Rarnon Cáceres, S.A.
- Plá Rodriguez, A. (1978). Los Principios Del Derecho Del Trabajo, Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina : Ediciones Depalma.
- Proceso De Inconstitucionalidad Cas, N° 0002-2010-Pi/Tc (Tribunal Constitucional 31 De Agosto De 2010). Obtenido De [Http://Www.Tc.Gob.Pe/Jurisprudencia/2010/00002-2010-Ai.Html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00002-2010-Ai.html)
- Puntriano Risas, C. (Noviembre De 2010). Comentarios Iniciales A La Sentencia Del Tc Sobre Los Trabajadores Cas. Revista Jurídica Del Perú, 117, 146.
- Puntriano Rosas, C. (07 De Marzo De 2014). ¿Qué Empresas Están Obligadas A Pagar Utilidades: Cuándo, Cómo Y Cuánto Deben Abonar? Gestion.
- Rodas Ramirez, E. (2008). Manual Laboral De La Actiidad Privada Y Publica: Sumillado, Concordado, Anotado. Lima: Rhodas.
- Sachaca Caros, L. (1988). El Control De Constitucionalidad Y Sus Mecanismos . Bogota: Temis Sa.
- Toyama Miyagusuku, J. (2005). Elementos De La Relacion Laboral. En J. Toyama Miyagusuku, Instituciones Del Derecho Laboral, Segunda Edición (Pág. 92). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Unicef. (15 De Noviembre De 2016). Enredate - Unicef. Obtenido De [Enredate - Unicef. Obtenido De Enredate-Unicef: Http://Www.Enredate.Org/Cas/Educacion_Para_El_Desarrollo/Justicia_Social](http://www.enredate.org/Cas/Educacion_Para_El_Desarrollo/Justicia_Social)

Valdes Dal Re, F. (2003). Los Derechos Fundamentales De La Persona Del Trabajador. En X. C. Social, Libro De Informes Generales. (Pág. Pg. 43). Montevideo: Xvii Congreso Mundial De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social.

