

LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO EN EL PERÚ Y EL CASO PARTICULAR DEL RÉGIMEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Eduardo García Birimisa*

Resumen: El autor destaca la importancia trascendental de la estabilidad en el empleo como presupuesto para el ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales. Acudiendo a la jurisprudencia constitucional, aterriza a explicar los mecanismos necesarios para su preservación, demostrando el protagonismo de esta figura no sólo en el régimen privado, sino también en el régimen público. Finalmente, aborda frontalmente el problema suscitado en torno al controvertido Contrato Administrativo de Servicios, poniendo en evidencia que el sumo intérprete de la Constitución acaba incurriendo en serias contradicciones.

Palabras clave: Derecho al trabajo; Despido arbitrario; Contrato Administrativo de Servicios; Funcionario público.

SUMARIO: **Introducción. I. La estabilidad en el empleo. II. La estabilidad en el empleo en el Perú.** A. La estabilidad de salida. B. La estabilidad de entrada. **III. El caso particular del régimen CAS.** A. Antecedentes. B. Estabilidad de salida en el régimen CAS. C. Estabilidad de entrada en el régimen CAS. D. Inestabilidad en el régimen CAS. E. Cuestiones pendientes. **Conclusiones.**

Introducción

El objeto del presente artículo es describir el derecho de estabilidad laboral demostrando las razones por las que debe ser considerado como una de las más importantes instituciones del Derecho Laboral y cómo el Tribunal Constitucional ha contribuido trascendentalmente para configurar el actual marco legal de dicha institución mostrando una marcada y uniforme tendencia hacia su fortalecimiento, pero mostrando un inexplicable revés cuando ha debido pronunciarse sobre la estabilidad en el empleo en relación con el Régimen Especial de Contratación de Servicios. Asimismo, se pretende demostrar lo riesgoso que resulta desconocer dicha institución en un colectivo de trabajadores cada vez más numeroso, encargado de prestar servicios y funciones públicas.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del área laboral del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

I. La estabilidad en el empleo

Es pertinente empezar por señalar que, en derecho comparado, el antecedente más remoto de la estabilidad en el empleo se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, conocida como la Constitución de Querétaro. En el inciso a) del artículo 123°, de dicha constitución se establecía que: “*El patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte de una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario*”.

Luego de su inclusión en la Constitución Mexicana, otros Estados irían incorporando paulatinamente esta institución a sus ordenamientos, ya sea a través de inclusiones expresas en las normas constitucionales, o por medio de la dación de normas de rango legal o incluso mediante la actuación de tribunales constitucionales¹. Carlos Blancas, demuestra que existe un amplio consenso en la doctrina en hallar en el derecho al trabajo el sustento constitucional de la estabilidad en el empleo, para esto, cita una amplia gama de autores latinoamericanos y europeos² que concuerdan en que el derecho al trabajo posee dos vertientes; la primera se manifiesta en el derecho de quien no tiene un empleo a conseguirlo; la segunda, en el derecho de quien ya tiene un empleo, a conservarlo salvo que exista una causa justa para privar a aquél de éste.

El desarrollo del sustento constitucional de la estabilidad en el empleo, no ha sido vano, por el contrario, es la respuesta a una amplia expectativa social de continuidad de la relación laboral. Blancas Bustamante citando a Ramírez Bosco, renombrado jurista argentino, encuentra el sustento “sociológico”, de la estabilidad de trabajo en dicha expectativa de permanencia. Así, señala que “*la continuidad de la empresa, como operación económica y sus efectos sobre el trabajo*”, generarían la expectativa de permanencia en su puesto de trabajo. “*Cuando el derecho positivo da protección a tal expectativa aparece el derecho a la estabilidad. La estabilidad es la expectativa de permanencia jurídicamente garantizada (Barassi) o, reordenando los términos con afán de precisión, la garantía jurídica que se da a la expectativa fundada de permanencia (De la Fuente)*”³.

¹ Carlos Blancas Bustamante comenta el caso de Italia señalando que en 1965 la Corte Constitucional declaró inconstitucional el artículo 2118 del Código Civil, que permitía al empleador realizar un despido *ad nutum*, por considerarlo contrario al derecho al trabajo (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El Despido en el Derecho Laboral Peruano”. Ara Editores, 2da Ed. Lima, 2006. pp. 74.)

² Carlos Blancas Bustamante, cita la opinión de renombrados juristas como Néstor De Buen (Derecho al Trabajo, t.I, 4ta Ed., Porrúa México, p80.); Martín Carrillo Calle (“*Los derechos Laborales en las Constituciones hispanoamericanas: Bases para un estudio comparado*”, en AA.VV., Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, Lima 1993, pp. 41 y ss.); Alessandro Pizzorusso (“*Lecciones de Derecho Constitucional*”, t. I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p.178.); Juan Antonio Sagardoy (“*La terminación del contrato de Trabajo*” p.86); Alfredo Montoya Melgar (“*La protección constitucional de los derechos laborales*”. En: AA.VV., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p.287); Juan Gorelli Hernández (“*El cumplimiento específico de la readmisión obligatoria*”. Civitas. Madrid, 1995, p.35), y Rafael Sastre Ibarreche (“*El Derecho al Trabajo*”. Trotta. Madrid, 1996. P.232), quienes coinciden en que una de las manifestaciones del Derecho al Trabajo, consagrado en constituciones hispanoamericanas, española e italiana, consiste en proscribir la terminación del contrato de trabajo sin que medie causa justa. En su obra “*El Despido en el Derecho Laboral Peruano*”. Ara Editores, 2da Ed. Lima, 2006. pp. 73 y ss.

³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. cit. p 79.

Esta expectativa de permanencia en el empleo y su recepción por parte del derecho positivo, se entiende cuando caemos en la cuenta de que la mayoría de las personas necesita trabajar, puesto que el trabajo, como señala Javier Neves Mujica, “*es la vía por excelencia para obtener los ingresos necesarios para la subsistencia*”⁴. Velar por la continuidad del vínculo laboral tiene sentido en ordenamientos jurídicos en los que el goce de muchos derechos sociales se sustenta justamente en la duración de la relación laboral. Así, el goce del descanso vacacional; la posibilidad de usar licencias y subsidios por maternidad o salud; o, la posibilidad de realizar aportes a un sistema de protección previsional y acceder a dicha protección, dependerán de que exista un vínculo laboral vigente y de larga duración.

Pero además, mayores razones tendremos para entender por qué la estabilidad en el empleo es una de las instituciones más importantes del Derecho del Trabajo si la concebimos como una herramienta para asegurar el goce efectivo de otros derechos fundamentales. En efecto, la estabilidad laboral, puede ser una herramienta eficaz, para tutelar el ejercicio de la libertad sindical, el derecho de huelga, la vigencia real del principio de igualdad y de no discriminación o de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva. Al exigirse una razón justificada para resolver un contrato de trabajo, se cierran las posibilidades de que se produzcan despidos, aparentemente sin motivo, pero dirigidos contra trabajadores que hayan formado un sindicato, planteado una huelga, o ejercido un reclamo o queja ante instituciones jurisdiccionales, administrativas o cualquiera otra, o motivados en su pertenencia a determinado colectivo social. El Convenio 158 de la OIT, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, nos permite apreciar esta accesoria aunque vital utilidad de la estabilidad en el empleo al proscribir los despidos que afecten el derecho a la igualdad, la libertad sindical o el acceso a la justicia⁵. Evidentemente, sería muy extraño que un empleador manifieste expresamente que un despido está motivado en el ejercicio de tales derechos, por lo general se presentarán razones de cubierta o simplemente se planteará un despido sin causa. Así, al proscribir todo despido que no se sustente en una causa justa, indirectamente se está protegiendo también el goce de estos derechos.

Pero la justificación de la importancia de la estabilidad no estaría completa si no hiciéramos referencia a la particularidad que adquiere esta institución cuando se aplica a trabajadores que ejercen una función pública. Pues, en este caso, la estabilidad se erige además como una garantía de imparcialidad y eficiencia para los funcionarios públicos. En efecto, la doctrina admite de manera pacífica que la imparcialidad de los funcionarios es un valor fundamental para la Administración Pública. Por ello, los

⁴ NEVES MUJICA, Javier: “*Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo*”. En: *Derecho & Sociedad* N°17. Revista editada por alumnos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 24 y ss.

⁵ El Convenio 158 de la OIT, Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador establece en su artículo 5: “*Artículo 5.- Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes: a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.*”

sistemas de empleo público se encuentran en constante búsqueda y perfeccionamiento de mecanismos para asegurar dicha imparcialidad. Como señala Luis Arroyo Yanes, citando a José Silva Pacheco (1998), los sistemas de organización de los aparatos públicos, buscan mecanismos para garantizar *“la independencia de los empleados públicos frente a intereses ajenos al propio ejercicio de las funciones públicas, sean éstos políticos, económicos, burocráticos o corporativos, familiares, simplemente particulares, o de cualquier otro tipo”*⁶, ya que estos intereses podrían desviar al funcionario de su legítimo objetivo consistente en la prestación de un servicio a favor del interés público.

Justamente, una las principales garantías para dicha imparcialidad, según señala este mismo autor, es la estabilidad de los funcionarios: *“La estabilidad profesional emerge históricamente como una de las principales garantías de la imparcialidad funcional, de tal manera que cuando los funcionarios comienzan a ser inamovibles en sus funciones se encuentran ya en condiciones de oponer su competencia técnica a intereses ajenos a lo estrictamente administrativo, ya sean estos económicos, políticos o de cualquier otro género, sin temor a verse desplazados de los puestos que desempeñan por hacer gala de excesivas consideraciones técnicas. Por ello, de una Administración que posea, con carácter general, unos medios personales de gestión en situación de precariedad (...) no puede predicarse su imparcialidad, pues en cualquier momento los elementos discordantes, política o administrativamente, sería separados de sus funciones.”*⁷(.) El citado autor continúa explicando que las garantías de imparcialidad, tienen por objeto evitar la manipulación de los funcionarios tanto desde fuera del poder público como desde dentro del mismo. Un funcionario que careciera de garantías de imparcialidad podría quedar a merced del poder político de turno y ceder ante presiones o amenazas de despido o destitución para guiar sus acciones por criterios netamente políticos, en lugar de criterios técnicos, generando impredecibilidad en la Administración. No se puede sino estar de acuerdo en que la estabilidad de los funcionarios públicos es imprescindible para fomentar una acción imparcial y a la larga eficiente del aparato administrativo.

Sin embargo, aun los mecanismos más rigurosos de protección contra el despido podrían quedar burlados si se permitiese que las partes acordasen libremente la duración del contrato de trabajo (lo que en la práctica implicaría que el empleador la fijase unilateralmente), pues un empleador podría fácilmente conseguir mediante la no renovación del contrato temporal, lo que no puede conseguir mediante el despido. Así, para asegurar la vigencia de la estabilidad en el empleo, no basta con prohibir el despido, sino que es necesario limitar la contratación a plazo determinado. La estabilidad en el trabajo es, entonces, como una moneda en la que, en una cara, hayamos la prohibición del despido sin causa justa y, en la otra cara, la limitación a la contratación a plazo determinado. Estas dos manifestaciones de la estabilidad se las conoce en la doctrina como estabilidad de salida (prohibición de despido sin causa justa) y estabilidad de entrada (preferencia por la contratación a plazo indeterminado). Únicamente, contemplando ambas modalidades, es posible asegurar la continuidad de la relación laboral, lo que es en el fondo la razón por la que se desarrolla la estabilidad en

⁶ Arroyo Yanes, Luis Miguel. La Carrera Administrativa de los Funcionarios Públicos. Tirant lo Blanc, 1994; pp. 151

⁷ Ibid. p.152

el empleo. Es por eso que algunos importantes autores, como Américo Plá encuentran el sustento de la estabilidad en el Principio de Continuidad de la relación laboral⁸.

Finalmente, debemos señalar que en doctrina, se clasifican los sistemas jurídicos en función de los remedios que establecen para la vulneración a la estabilidad en el trabajo. Los ordenamientos en los que el remedio frente al despido es la reposición o la opción del trabajador por el pago de una indemnización son ordenamientos con Estabilidad Absoluta. Si el remedio frente al despido, es el pago de una indemnización o la opción para empleador de optar por la reposición, estamos en un ordenamiento de Estabilidad Relativa.

II. La estabilidad en el empleo en el Perú

A. La estabilidad de salida

La Constitución del Perú, acoge la estabilidad laboral pero delega al legislador la configuración de la misma. Así, señala en su artículo 27° que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Por otro lado, en el artículo 22 se reconoce el Derecho al Trabajo, el mismo que, como vimos anteriormente, posee una faceta consistente en el derecho a conservar el empleo salvo causa justa para su extinción y que es en derecho comparado el fundamento de la estabilidad en el trabajo. Así, en la Constitución tenemos un doble sustento de la estabilidad laboral.

A nivel legal, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁹ (en adelante, “LPCL”), ley que regula las relaciones laborales del sector privado, contempla un sistema mixto. En efecto, el artículo 34 reconoce al trabajador la posibilidad de solicitar la reposición u optar por el pago de una indemnización, mecanismo propio de un sistema de estabilidad absoluta, cuando el despido obedezca a determinados motivos prohibidos contemplados en el artículo 29¹⁰ de la LPCL. Por otro lado, el mismo artículo 34 establece que para los despidos arbitrarios, aquellos en los que no se expresa causa o la misma no puede demostrarse en juicio, el único remedio, es el pago de una indemnización, mecanismo propio de un sistema de estabilidad relativa.

En el régimen laboral de la actividad pública, ya desde inicios del año 1984, con la expedición del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa, se establece que la reposición es el mecanismo de tutela frente a un

⁸ El reconocido jurista Américo Plá quien en opinión cercana a la de Ramírez Bosco, halla el sustento jurídico de la estabilidad en el empleo en el Principio de Continuidad. Para Américo Plá, el Principio de Continuidad se manifiesta en: “1) preferencia por los contratos de duración indefinida; 2) amplitud para las transformaciones del contrato; 3) facilidades en que se haya incurrido; 4) resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal; 5) interpretación de las interrupciones de los contratos con simples suspensiones; 6) prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador. (PLA RODRÍGUEZ, Américo. “Los Principios del Derecho del Trabajo”, 2da Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.)

⁹ Nos referimos al Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

¹⁰ “Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo: a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, (...); d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. (...).”

despido sin causa justa. Dicha norma dispone que los servidores públicos que ingresan a la carrera gozan de estabilidad desde su nombramiento y no pueden ser cesados ni destituidos sino por causa prevista en la Ley y de acuerdo al procedimiento establecido. Es pertinente señalar que el marco constitucional laboral contenido en la Constitución también se aplica a los trabajadores del sector público, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”) en la sentencia expedida en el Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público¹¹.

Sin embargo, la situación que parecía claramente definida a nivel legal, adquirió otra dimensión en el ámbito jurisprudencial. En efecto, sucesivas demandas de amparo en las que trabajadores despedidos pretendían su reposición en su puesto de trabajo, dieron lugar a la creación de una doctrina jurisprudencial que terminó por jugar un papel tanto o aún más importante que la propia legislación en la configuración del actual marco legal de la estabilidad de trabajo en el Perú.

En efecto a través de diversos pronunciamientos derivados de sucesivos procesos de amparo, el TC ha venido ordenando la reposición de trabajadores despedidos arbitrariamente, aún cuando de acuerdo con el texto de la LPCL únicamente procedía el pago de una indemnización. Justamente, una de las labores más relevantes, sino la más importante, de las desempeñadas por el TC, en materia laboral, ha sido la configuración del marco jurídico actual en materia de estabilidad en el empleo. Podemos destacar dos etapas claramente diferenciadas en esta materia.

La primera etapa se inició desde que ya en vigencia de la LPCL, en repetidas oportunidades el TC ordenó la reposición de trabajadores en sus centros de labores aún cuando el despido no estaba fundado en los motivos prohibidos por el artículo 29 de la LPCL (y por lo tanto, legalmente sólo correspondía indemnización y no reposición). Como rasgo común de esta primera etapa, se puede señalar que ello solo sucedía si dicho tribunal constataba la vulneración de otro derecho constitucional que, hasta donde hemos podido indagar, fue siempre el Debido Proceso. En esta primera etapa, resultaba evidente que el TC no consideraba que la violación al Derecho al Trabajo era fundamento suficiente para ordenar la reposición del trabajador.¹²

¹¹ Fundamento 17 de la STC emitida en el Exp N°008-2005-PI/TC.

¹² Así, podemos citar como un primer antecedente relevante, la sentencia emitida en el expediente N° 976-1996-AA/TC en el que el Tribunal Constitucional ordenó la reposición de un trabajador que fue cesado sin considerar el procedimiento legal para ello, afectando así su derecho al debido proceso y su derecho de defensa.

Del mismo modo, en el expediente N° 795-98-AA/TC el Tribunal Constitucional declaró en un proceso de amparo, la nulidad del despido sufrido por el demandante fundando su fallo en la violación del derecho de defensa y la presunción de inocencia, derechos de orden constitucional, pero además, el Tribunal Constitucional, señala que se habría vulnerado, también, el derecho al trabajo del demandante en su faceta de conservación del empleo, adoptando así la postura compartida por la mayoría de la doctrina que establece que el Derecho al Trabajo implica el derecho a la conservación del empleo.

De otro lado, en el expediente N° 1112-98-AA/TC (caso Cossio Tapia y otros), el Tribunal Constitucional refiriéndose a su competencia para conocer el proceso, aclaró que no era objeto del mismo pronunciarse sobre la calificación legal del despido, sino sobre si el despido resultaba lesivo de derechos constitucionales. Seguidamente, señaló que el despido se habría producido en clara vulneración del principio de tipicidad y del derecho de defensa, afectando el debido proceso, tal como lo hizo en el proceso anterior, sin embargo, también arguyó la violación del Derecho al Trabajo en su faceta de conservación del empleo, pero inclinándose, aparentemente, por considerar que dicho fundamento no era suficiente para ordenar la reposición. Así, el Tribunal señaló en sus fundamentos 6 y 7 lo siguiente: “6. (...) la tipicidad de la falta y el derecho de defensa, son aspectos constitutivos del debido proceso

La segunda etapa se inicia con la expedición de dos sentencias muy próximas en el tiempo, las emitidas en los expedientes N° 1124-2001-AA/TC y N° 976-2001-AA/TC. En el expediente N° 1124-2001-AA/TC, conocido como caso, el Tribunal ejerció control difuso sobre el artículo 34 de la LPCL porque consideró que establecer el pago de una indemnización como única reparación frente al despido arbitrario vaciaba de contenido el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22° de la Constitución. Así, ordenó la reposición en su puesto de trabajo, de determinados trabajadores cesados de manera arbitraria. Ciertamente, en el caso concreto también se denunció la violación del derecho a la libertad sindical y el TC amparó tal denuncia, por lo que podría ubicarse esta sentencia en la primera etapa, sin embargo, la condena expresa a la inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ya dejaba entrever el cambio en la línea jurisprudencial del Tribunal.

La sentencia, emitida en el expediente N° 976-2001-AA/TC, conocido como el caso Llanos Huasco, es quizá la más trascendental de todas. En esta sentencia, dictada apenas unos meses después que la del caso FETRATEL, el TC ordenó la reposición de un trabajador, pero esta vez, el único derecho vulnerado fue el derecho al trabajo y ningún otro derecho constitucional. El TC desistió de ejercer control difuso sobre el artículo 34 de la LPCL pero señaló que el mismo solo podía ser convalidado si el trabajador optaba voluntariamente por la indemnización. El TC creó una doctrina de coexistencia en un ordenamiento jurídico de regímenes sustantivos de protección preventiva y reparadora, con regímenes procesales de protección resarcitoria y restitutoria¹³. Los regímenes sustantivos de protección preventiva estarían conformados por las normas sustantivas que establecen procedimientos previos al despido como el establecido en el artículo 31 de la LPCL¹⁴. Los regímenes sustantivos de eficacia reparadora estarían conformados por normas sustantivas que establezcan una reparación frente a un despido sin causa como el artículo 38 de la LPCL¹⁵. Por otro lado, los regímenes procesales de eficacia resarcitoria, coincidentemente con los regímenes sustantivos reparadores, únicamente permitirían, al Juez, ordenar el pago de la indemnización, el ejemplo aquí es el artículo 34 de la LPCL¹⁶. Tanto estos como los regímenes sustantivos reparadores solo serían válidos si el trabajador optara

amparado por el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución(...), de esta forma, debe considerarse "7. Que la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquél implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad." Así, el Tribunal Constitucional, empezó a dibujar el marco legal de la Estabilidad en el Empleo, orientado a invalidar despidos que, además del Derecho al Trabajo, afectaran otros derechos constitucionales.

¹³ Fundamentos 11 a 14 de la STC emitida en el proceso de amparo seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. bajo expediente N°976-2001-AA/TC

¹⁴ Artículo 31.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

¹⁵ Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones.

¹⁶ Artículo 34.- (...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

voluntariamente por ellos. Finalmente, los regímenes procesales de eficacia restitutoria, son los que permiten restituir el goce pleno del derecho conculcado, el ejemplo aquí es el artículo 1° de la Ley 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo, antecesora del actual Código Procesal Constitucional). Para dar sustento a su posición, el TC señaló que la delegación realizada por el artículo 27 de la Constitución no tenía porqué circunscribirse únicamente a la protección establecida en la LPCL y que también formaba parte de la respuesta a dicho mandato, la disposición contemplada en el artículo 1 de la Ley 23506.

Otro aspecto trascendental del caso Llanos Huasco es la clasificación que realiza el TC, de los tipos de despido que ameritarían reposición, el Despido Nulo, el Despido Incausado y el Despido Fraudulento. El Despido Nulo sería todo aquel que importara una afectación al derecho a la igualdad, la no discriminación y la libertad sindical. El Despido Incausado sería aquel que se realizara sin expresión de causa y que afectase la vigencia plena del derecho al trabajo. Finalmente, el Despido Fraudulento sería aquel que se produce mediante una simulación de renuncia auspiciada por el engaño, mediante la imputación de hechos notoriamente inexistentes o falsos, o aquel en que se imputase una falta inexistente o en el que ‘mediase fabrica de pruebas; este despido, por no estar fundado en una causa justa, es equiparable al despido incausado pues afecta también el Derecho al Trabajo¹⁷.

Un tercer hito y que podría señalarse que da inicio a la tercera etapa es la emisión de la sentencia del expediente N° 0206-2005-PA/TC, conocido como el Caso Baylón Flores. Al entrar en vigencia del Código Procesal Constitucional, que establecía que la vía de Amparo era residual y solo podía acudir a ella cuando no existiera una vía igualmente satisfactoria, el TC se vio obligado a fijar los parámetros para determinar cuándo un trabajador podía acudir a un amparo para solicitar la tutela restitutoria (reposición) y en qué casos, únicamente podría optar por la tutela resarcitoria (indemnización). Así, el Tribunal indicó que sólo sería posible acudir a la vía de amparo cuando la vía ordinaria no posibilitara la reposición en el empleo. De este modo, el Tribunal establecía que frente a un despido incausado el trabajador siempre podría recurrir a la vía de amparo ya que la LPCL no contempla la reposición para dicho supuesto. Con relación al despido fraudulento, el Tribunal señaló que solo era recurrible vía amparo cuando el demandante pudiese acreditar fehacientemente el fraude, y que por la ausencia de una etapa probatoria en el amparo, cuando existiese duda sobre los hechos, correspondería a la vía ordinaria determinar la veracidad o falsedad de los mismos. De otro lado, respecto de los supuestos que el TC clasificaba como nulos, se señaló que aun cuando en la vía ordinaria laboral se contemplaba la posibilidad de reposición para los despidos lesivos a la libertad sindical y del derecho a la igualdad, el amparo seguiría siendo recurrible puesto que se presume que las afectaciones a estos derechos revisten especial urgencia.

En esta sentencia, el Tribunal se pronunció también sobre la suerte que debían correr las pretensiones realizadas por trabajadores del régimen laboral de la actividad pública. Así, el Tribunal señaló que, toda vez que el Régimen de la Carrera Pública contemplado en el Decreto Legislativo N° 276 y demás regímenes especiales del sector público, contemplaban la posibilidad de una reposición, la vía para impugnar el despido sería la del Proceso Contencioso Administrativo y no el proceso de amparo, salvo “*en defecto de tal posibilidad* (acudir al proceso contencioso administrativo) *o atendiendo a*

¹⁷ Fundamento 15 de la STC emitida en el proceso de amparo seguido por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A. bajo expediente N°976-2001-AA/TC.

*la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental conforme a los fundamentos 10 a 15 supra*¹⁸.

Podemos concluir, de todo lo señalado, que el TC ha tenido una clara orientación a fortalecer la protección de la estabilidad laboral, ampliando cada vez más los alcances de la tutela restitutoria a supuestos para los que la ley únicamente contemplaba una tutela resarcitoria.

B. La estabilidad de entrada

A diferencia de lo que sucede con la estabilidad de salida, la estabilidad de entrada carece de un fundamento expreso en la Constitución. Sin embargo, en la medida que la estabilidad de entrada es complemento inescindible de la estabilidad de salida, el sustento constitucional de aquella está también en el derecho al trabajo o, como opina Américo Plá, en el principio de continuidad.

A nivel normativo, en cambio, el tratamiento es mucho más completo y permite concluir sin lugar a dudas que el principio de continuidad, en cuanto preferencia por la contratación a plazo indeterminado, ha guiado la labor del legislador. Así, el artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece en su primer párrafo que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.”. Además, en su segundo párrafo, el mismo artículo señala que para celebrar un contrato sujeto a modalidad (plazo determinado) se requiere forma escrita. Asimismo, de la lectura conjunta de los artículos 53°, 72° y 77° de la LPCL, puede determinarse la vigencia del principio de causalidad¹⁹. En efecto, la LPCL claramente establece la exigencia de justificar el uso de la contratación temporal en causas objetivas; coloca límites temporales; e impone requisitos formales. Así, se evidencia la preferencia por la contratación a plazo indeterminado.

¹⁸ Fundamento 24 de la STC emitida en el exp. 0206-2005-PA/TC.

¹⁹ Artículo 53.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

Artículo 72.- Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

Artículo 77.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: a) Si el trabajador continua laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido; b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación; c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando; d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

En cuanto al sector público, debemos señalar que la Ley de Bases de la Carrera Administrativa establece en su artículo 15²⁰ la posibilidad de contratar servidores por plazo determinado para realizar labores permanentes por un máximo de 3 años, vencidos los cuales el servidor podría ser incorporado a la carrera administrativa. Esta disposición que se muestra evidentemente contraria al principio de causalidad, intenta ser corregida en el Reglamento de la referida Ley. En efecto, el artículo 39 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM señala que la contratación temporal para actividades permanentes deberá ser excepcional y que solo procederá en caso de máxima necesidad fundamentada por la autoridad competente²¹. Además, el artículo 40 del mismo reglamento indica que vencido el plazo de tres años, el servidor ingresará (ya no “podrá ingresar”) a la carrera administrativa y que incluso su incorporación podría ser luego de cumplido el primer año de servicios ininterrumpidos²². Asimismo, mediante la expedición de la Ley N° 24041, se intentó otorgar estabilidad²³ a los servidores públicos contratados²⁴ señalando que estos la adquirirían luego de cumplido un año ininterrumpido de servicios.

El TC también ha tenido una labor importante en la protección de la estabilidad en la entrada. En reiteradas oportunidades se ha pronunciado sobre la preferencia por la contratación a plazo indeterminado y sobre la vigencia del principio de causalidad que el TC haya sustentado en el Derecho al Trabajo.

Así, por ejemplo, en la sentencia emitida en el expediente N° 4783-2007-PA/TC²⁵, el TC señala que el Principio de Continuidad, contenido en el Derecho al

²⁰ Artículo 15.- La contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente no puede renovarse por más de tres años consecutivos. Vencido este plazo, el servidor que haya venido desempeñando tales labores podrá ingresar a la Carrera Administrativa, previa evaluación favorable y siempre que exista la plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos.

Lo dispuesto en este artículo no es aplicable a los servicios que por su propia naturaleza sean de carácter accidental o temporal.

²¹ Artículo 39.- La contratación de un servidor para labores de naturaleza permanente será excepcional; procederá sólo en caso de máxima necesidad debidamente fundamentada por la autoridad competente. El contrato y sus posteriores renovaciones no podrán exceder de tres (3) años consecutivos.

²² Artículo 40.- El servidor contratado a que se refiere el artículo puede ser incorporado a la Carrera Administrativa mediante nombramiento, por el primer nivel del grupo ocupacional para el cual concursó, en caso de existir plaza vacante y de contar con evaluación favorable sobre su desempeño laboral, después del primer año de servicios ininterrumpidos.

Vencido el plazo máximo de contratación, tres (3) años, la incorporación del servidor a la Carrera Administrativa constituye el derecho reconocido y la entidad gestionará la provisión y cobertura de la plaza correspondiente, al haber quedado demostrada su necesidad.

²³ La Ley N° 24041 realmente no mejoraba la situación de los servidores contratados pues en términos reales lo que señala es que luego de transcurrido un año, las entidades públicas contratantes no podrían resolver unilateralmente los contratos salvo por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276. Sin embargo, el problema de los servidores contratados no es el cese injustificado del contrato sino su no renovación al vencimiento del mismo.

²⁴ Los “contratados” son los servidores públicos a plazo determinado, en contraposición, los “nombrados” son los servidores públicos de carrera.

²⁵ En el fundamento 8 del proceso de amparo seguido por Walter Marcial Villasante Saravia contra la Empresa Municipal de Saneamiento Básico de Punto (EMSAPUNO) bajo expediente N° 4783-2007-PA/TC el Tribunal señaló: “De acuerdo con el artículo 53° de la norma precitada (la LPCL), las modalidades contractuales previstas en dicho título pueden celebrarse únicamente cuando así lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, así como cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, quedando exceptuados los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes. Las restricciones al empleo de estas modalidades se encuentran justificadas en tanto que

Trabajo, sustenta las restricciones al uso de modalidades de contratación que son expresión de la preferencia por la contratación a plazo indefinido. Ese mismo razonamiento es expresado en la sentencia emitida en el expediente N°10777-2006-PA/TC²⁶. En dicha ocasión el Tribunal señaló que la proscripción realizada por el artículo 27 de la Constitución a la extinción de la relación laboral por la sola voluntad del empleador, implica que la Constitución recoge el principio de continuidad de la relación laboral. Entendiéndose que en nuestro ordenamiento existe una preferencia por la contratación laboral a plazo indeterminado y que si bien se contempla la posibilidad de realizar contrataciones temporales, estas debían ser aplicadas con criterio de interpretación restrictiva y sólo en la medida en que las circunstancias lo ameriten con observancia de cánones de razonabilidad y proporcionalidad.

El TC, ha dado mayores alcances sobre la lectura del principio de causalidad. Así, ha señalado en el expediente N°1397-2001-AA/TC²⁷, que en virtud del principio de causalidad, la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen. Este pronunciamiento es relevante pues nos permite notar una lectura ligeramente distinta del principio de causalidad. Así, el principio de causalidad no solo se plasma en una exigencia de causa objetiva para validar la contratación temporal sino como una exigencia de mantener la relación laboral en tanto subsista la causa que le dio origen. Por lo tanto mientras subsista la causa, el contrato no puede ser resuelto, e incluso, existiría la obligación de renovarlo o prorrogarlos, pues lo contrario equivaldría a un despido incausado. Así, podemos concluir que el principio de causalidad se vulnera: (i) Cuando se suscribe un contrato temporal para la realización de una labor permanente; (ii) cuando se rescinde un contrato temporal a pesar de que la causa que motivó su contratación subsiste; y (iii) cuando a pesar de la subsistencia de la causa objetiva que dio lugar a la contratación, el contrato temporal no es renovado o prorrogado luego de su vencimiento.

En conclusión, queda claro entonces que el TC ha mantenido una marcada línea de respeto por el principio de causalidad y la preferencia por la contratación a plazo indeterminado, ambas expresiones de la estabilidad de entrada, encontrando el sustento de tales principios en el Derecho al Trabajo.

las mismas suponen excepciones al principio de continuidad de la relación laboral, según el cual, en aras de la efectiva vigencia del derecho al trabajo, esta tiende a ser de plazo indeterminado”.

²⁶ Fundamentos 6, 7 y 8 del proceso de amparo seguido por Víctor Hugo Calvo Durán y otros, contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), bajo expediente N°10777-2006-PA/TC.

²⁷ En el proceso de amparo seguido por Ángel de la Cruz Pomasoncco y otros contra la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Ayacucho S.A. (EPSASA), bajo expediente N°1397-2001-AA/TC, Tribunal señaló en el fundamento 3 que: *“El régimen laboral peruano se sustenta, entre otros criterios, en el llamado principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de aquella que pueda tener una duración determinada. Dentro de dicho contexto, los contratos sujetos a un plazo tienen, por su propia naturaleza, un carácter excepcional, y proceden únicamente cuando su objeto lo constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley les establece formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales e, incluso, sanciones, cuando, a través de ellos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado.”.*

III. El caso particular del régimen CAS

A. Antecedentes

Desde mediados de la década del ochenta, debido a la crisis económica por la que atravesaba el Estado Peruano, las leyes de presupuesto año a año incluían disposiciones que prohibían la incorporación de nuevo personal a la carrera administrativa. No obstante ello, la necesidad de proveer personal existía por lo que se recurrió a una modalidad irregular de contratación, el contrato de Servicios No Personales (en adelante, “SNP”). El personal que era contratado por el Estado bajo esta modalidad, no obstante desarrollar labores subordinadas que evidentemente tenían carácter laboral, contaba con un contrato formalmente civil que por lo tanto, no reconocía ningún beneficio laboral y podía ser resuelto en cualquier momento sin ningún tipo de protección.

Esta modalidad de contratación no resistía el más mínimo análisis jurídico, de tal modo que, en numerosos pronunciamientos, el TC declaró que la celebración de estos contratos eran encubrimientos de relaciones laborales y, aplicando el principio de primacía de la realidad, se reputaba la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, ya sea que correspondiese al régimen de la actividad privada o a la carrera administrativa, otorgando la respectiva estabilidad en el empleo.²⁸

A mediados del año 2008 el Congreso de la República, mediante la expedición de la Ley 29157, delegó facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, dentro de las cuales se encontraba el fortalecimiento institucional y modernización del Estado.

En ese marco, el Poder Ejecutivo, expidió el Decreto Legislativo 1057, Decreto legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (en adelante, “Ley CAS”) que fue publicado el 28 de junio de 2008. Esta ley sería reglamentada, posteriormente, por el Decreto Supremo No. 075-2008-PCM, que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (en adelante, “Reglamento de la Ley CAS”), publicado el 25 de noviembre de 2008.

El Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (en adelante, “CAS”) fue expedido para frenar la situación descrita anteriormente. Con este régimen de contratación se “formalizaría” la situación de los SNP otorgándoles una “mejora relativa”, pues a diferencia de los contratos SNP, el régimen CAS reconoce algunos beneficios laborales²⁹.

²⁸ Si la entidad contratante pertenecía al régimen laboral de la actividad privada se aplicaba lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Si la entidad pertenecía al régimen laboral de la actividad pública se aplicaba una interpretación extensiva de la Ley N° 24041 a efectos de otorgar estabilidad a quienes tuviesen un contrato superior a un año de servicios, e incluso ordenar la incorporación a la carrera administrativa si es que el contratado por SNP había prestado servicios por más de tres años consecutivos, en virtud de una aplicación también extensiva del artículo 15 del D. Leg. 276 y el artículo 40° de su Reglamento aprobado por D.S. 005-90-PCM.

²⁹ En pocas palabras podemos describir el régimen CAS de la siguiente manera. Es definido como un régimen de contratación administrativa y no como un contrato laboral, a pesar de que del propio texto de la Ley CAS se entiende que esta modalidad se aplica a la prestación de servicios “no autónomos”, es

Sin embargo, aún cuando a simple vista podría apreciarse una mejora sustancial para la situación de los contratados bajo SNP, cuando se observa este régimen con un poco de detenimiento, saltan a la vista graves infracciones a la Constitución. Se ha escrito mucho sobre las faltas a la Constitución contenidas en el Régimen CAS. Así, por ejemplo, se ha señalado la violación del principio de igualdad, por la inexcusable diferencia que se genera entre trabajadores de la misma entidad y que incluso realizan las mismas funciones; la vulneración al derecho a la libertad sindical, por la ausencia de disposiciones que regulen su ejercicio en este régimen; el desconocimiento arbitrario de la naturaleza evidentemente laboral del régimen; y, las infracciones o el desconocimiento de la estabilidad laboral.

Estas observaciones, finalmente, fueron planteadas frente al TC mediante una demanda de inconstitucionalidad presentada por más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento. Dicha demanda, tramitada bajo expediente N° 00002-2010-PI/TC concluyó con un cuestionable fallo del TC en el que convalidó prácticamente todas las inconstitucionalidades del Régimen, apartándose de casi todos sus precedentes y su línea jurisprudencial y con una motivación poco clara que no permite seguir el razonamiento que lo llevó a desestimar las denuncias realizadas³⁰. Sin embargo, hubo dos extremos interesantes de la sentencia. En primer lugar, se reconoció que el régimen CAS tiene carácter laboral y no administrativo³¹. En segundo lugar, se reconoció que había un vacío en cuanto a reglas relativas al ejercicio de la libertad sindical, que debía ser subsanado por el Ministerio de Trabajo (aunque en aclaración de sentencia sostuvo que dicha labor correspondía a SERVIR).^{32 33}. Para los efectos del presente artículo, interesa el primero de los extremos comentados, ya que

decir, subordinados. Esta modalidad de contratación es de utilización exclusiva para las entidades del estado adscritas al régimen laboral de la actividad pública o a otras normas que regulan carreras administrativas especiales o entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de empresas del Estado. A pesar de ser definido como un régimen de contratación administrativo, reconoce una jornada máxima de 48 horas semanales, un descanso semanal de 24 horas continuas, un descanso anual de 15 días calendarios continuos, una afiliación al régimen contributivo de EsSalud, y la afiliación a un régimen de pensiones ya sea del Sistema Nacional o del Sistema Privado.

³⁰ Uno de los argumentos centrales de la demanda de inconstitucionalidad fue la vulneración al principio de igualdad por el establecimiento injustificado de un régimen especial que no estaba sustentado en razones objetivas que justificaran la diferenciación respecto de los regímenes generales de la actividad privada ni del sector público. Sin embargo, el Tribunal rechazó la posibilidad de realizar el test de igualdad argumentando que no cabía realizar ninguna comparación porque se trataba de regímenes diferenciados por la Ley. De esta manera, el Tribunal Constitucional negaba realizar un examen sobre la igualdad en la ley, basándose, únicamente, en que la ley realizaba la distinción, lo que evidencia un contrasentido pues implicaría excluir la labor del poder legislativo del control de cumplimiento del principio de igualdad, al que la Constitución lo somete expresamente.

³¹ Fundamento 47 de la STC emitida en el exp. N°00002-2010-PI/TC.

³² Segundo punto resolutivo de la STC emitida en el exp. N°00002-2010-PI/TC.

³³ En una mesa redonda organizada por el equipo de investigación de la revista Soluciones Laborales, (Soluciones Laborales N°34 Octubre 2010 p 54.), Edgardo Balbín critica la delegación al Ministerio de Trabajo (corregida por una delegación a SERVIR en aclaración de sentencia) para reglamentar el ejercicio de la libertad sindical y la huelga: “Señalar que es el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el que tiene que emitir las disposiciones referidas al ejercicio de los derechos colectivos plantea riesgos, dado que se encomienda la regulación de estos derechos a una entidad estatal conformante del poder ejecutivo, que actúa como parte empleadora en las relaciones colectivas. En virtud de su condición de empleador, el Ministerio puede filtrar su interés de parte en la regulación de los derechos colectivos, lo cual puede dar lugar a severas limitaciones al derecho de libertad sindical de los CAS. De hecho esta es la razón por la que el artículo 40 de la Constitución establece una reserva de Ley en la regulación de los derechos de los servidores del Estado.”

permite inferir la aplicación de los derechos y principios laborales señalados en la Constitución sobre el Régimen CAS. De acuerdo con el objeto del presente artículo, corresponde centrar el análisis del régimen CAS, exclusivamente, en los aspectos relativos a la estabilidad en el empleo considerando precisamente que al Régimen CAS deben aplicarse los derechos y principios del marco constitucional laboral.

B. Estabilidad de salida en el régimen CAS

En la Ley CAS, no existe ninguna norma que establezca la causalidad del despido ni la exigencia de un procedimiento previo al mismo. Esta ausencia de normas relativas a la estabilidad de salida intenta ser corregida por el Reglamento de la Ley CAS, pues en el inciso f) del numeral 13.1 del artículo 13, señala que el CAS, aparentemente exige que la resolución unilateral del contrato, por parte de la entidad debe sustentarse en un *“incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas”*. Asimismo, en el numeral 13.2 del mismo artículo, se establece un procedimiento previo al despido consistente en imputar el incumplimiento al trabajador mediante una notificación y otorgarle un plazo de 5 días hábiles para que ejerza sus descargos, luego de los cuales la entidad debe decidir *“según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si resuelve o no el contrato, comunicándolo al contratado”*.

Pareciera que este mecanismo de “protección sustantiva preventiva”, por ponerlo en los términos fijados por el TC en el caso Llanos Huasco³⁴, no fuera suficientemente claro como para señalar que tutela la estabilidad de salida. En efecto, la aparente causa justa de despido –un incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato o la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas– pareciera ser una falta tan genérica que no cumple con el principio de tipicidad que rige el ejercicio de toda potestad sancionadora. Aún cuando el Reglamento de la Ley CAS, al describir el procedimiento de despido, exige que la decisión final esté motivada y se sujete a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el nivel de determinación de la conducta proscrita seguiría siendo sumamente vago como para señalar que existe una causa correctamente tipificada. Razón por la cual consideramos que esta “protección sustantiva preventiva” carece de validez constitucional y no es un mecanismo efectivo de tutela de la estabilidad de salida.

De otro lado, el numeral 13.3 del Reglamento de la Ley CAS, establece que cuando la resolución unilateral del contrato se realice sin mediar incumplimiento: *“el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses”*. Este mecanismo que en los términos fijados por el TC en el caso Llanos Huasco correspondería a un régimen de “protección sustantiva reparadora” o “protección procesal resarcitoria”, también resulta cuestionable. En efecto, el límite máximo establecido como indemnización por despido sin causa justa, es muy restringido. Un límite de tan solo dos remuneraciones a diferencia de las doce remuneraciones que se establecen en el régimen laboral de la actividad privada parece cuestionable no solo a nivel comparativo sino además en términos absolutos. Así, la reparación establecida por el numeral 13.3 del artículo 13 del Reglamento de la Ley CAS, es cuestionable en términos de igualdad y a la luz de lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución, pues dicha norma exige una protección adecuada contra el despido arbitrario.

³⁴ Fundamento 12 de la STC emitida en el expediente N°976-2001-AA/TC.

En el proceso de inconstitucionalidad seguido contra la Ley CAS bajo exp. N° 00002-2010-PI/TC, al que nos referimos anteriormente, también se denunció la inconstitucionalidad de la Ley CAS por la ausencia de reglas relativas a la extinción del contrato, y la inconstitucionalidad del Reglamento de la Ley CAS, por el contenido draconiano de las mismas. Si bien en la sentencia no hubo un pronunciamiento al respecto, lo que motivó una solicitud de aclaración de la parte demandante, en aclaración el TC señaló que *“el artículo 13.3 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM reconoce un sistema de protección de eficacia resarcitoria contra el despido arbitrario que es adecuado y compatible con el artículo 27° de la Constitución y con la interpretación uniforme y consolidada que este Tribunal ha efectuado sobre el derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario, por lo que el artículo referido no resulta incompatible con la Constitución.”*³⁵. Una primera lectura de dicho fundamento podría llevarnos a pensar que el Pleno del TC, al admitir la constitucionalidad del artículo 13.3 del Reglamento de la Ley CAS, acepta que la única tutela frente al despido sin causa justa es el pago de la indemnización señalada, negando de plano la posibilidad de una tutela de eficacia restitutoria. Sin embargo, si tomamos en cuenta los precedentes jurisprudenciales del TC veremos que esto no necesariamente es así.

En efecto, así como en la sentencia del proceso de inconstitucionalidad contra la Ley CAS, el TC no niega la validez del artículo 13.3 referido anteriormente, en el caso Llanos Huasco, el tribunal tampoco negó la constitucionalidad del artículo 34 de la LPCL. En el caso Llanos Huasco, el TC, señaló que, en un ordenamiento jurídico, podían coexistir un régimen de protección resarcitoria con un régimen de protección restitutoria, pero precisando que el régimen de protección resarcitoria solo podría ser convalidado si el trabajador optaba libremente por el cobro de la indemnización³⁶. Es decir, la protección resarcitoria sería válida si y solo si el trabajador tuviese la opción de escoger entre ésta o una protección restitutoria. Entonces, si la protección resarcitoria es la única protección prevista, no es válida pues sin opciones no hay elección y es justamente esta la que, en opinión del TC, validaba la tutela resarcitoria. Por lo tanto, tendríamos que concluir que a pesar de la declaración de constitucionalidad del artículo 13.3 del Reglamento de la Ley CAS, el TC debería permitir la tutela restitutoria en el Régimen CAS.

Sin embargo, en un reciente pronunciamiento emitido por la Sala Primera del TC bajo expediente N°03818-2009-PA/TC se señaló que la eficacia restitutoria no procedía en el Régimen CAS, por que atentaba contra la esencia eminentemente temporal del Régimen. El demandante pretendía que se declare la desnaturalización de su vínculo laboral y se ordene su reposición en su centro de trabajo porque consideraba que la no

³⁵ 6to Fundamento de la aclaración de Sentencia del Exp. N°00002-2010-PI/TC.

³⁶ En el fundamento 12 de la sentencia emitida en el caso Llanos Huasco, Exp. N° 976-2001-AA/TC, el Tribunal señaló textualmente: *“El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido arbitrario debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización.”*

renovación de su último contrato equivalía a un despido incausado. Del texto de la sentencia se desprende que el demandante estuvo contratado bajo SNP desde el 1 de agosto de 2001 hasta el 30 de junio de 2008 y que posteriormente prestó servicios bajo CAS desde el 1 de julio de 2008 al 30 de septiembre de 2008 en que finalizó su último contrato sin que se lo renovaran. El Tribunal señaló que no cabía analizar la etapa en que estuvo bajo contratos SNP ya que la celebración del CAS convalidaba su relación³⁷. A pesar de dicha salvedad, el Tribunal señaló que debía analizarse el tipo de protección contra el despido arbitrario que correspondía aplicar en el régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios. Para ello se refirió al caso Llanos Huasco y mediante un razonamiento similar al presentado anteriormente, concluyó que correspondería brindar una protección restitutoria propia de los procesos de Amparo. Sin embargo, señaló que ello no era posible en el Régimen CAS porque se “*desnaturalizaría la esencia especial y transitoria*”³⁸ del contrato administrativo de servicios, por cuanto los contratos de trabajo en este régimen son a plazo determinado y no a plazo indeterminado”³⁹ negando así la tutela restitutoria para el Régimen CAS.

Ciertamente dicho pronunciamiento deja muchas dudas. ¿Qué sucedería si el despido injustificado o la no renovación del contrato hubiesen implicado una vulneración a la libertad sindical, el debido proceso, el derecho a la no discriminación, etc.? ¿Se hubiese concluido que la reparación del pago de una indemnización con un tope de dos remuneraciones mensuales era suficiente para la tutela de tales derechos? Este antecedente no permite absolver estas dudas ya que el caso no implicaba la vulneración de estos derechos fundamentales, pero permite abrir el cuestionamiento pues resultaría irrisorio que la reparación ante la vulneración de estos derechos fundamentales sea el pago de un máximo de dos remuneraciones. Qué pasó entonces con toda la evolución doctrinal del TC construida durante más de 10 años con la expedición del caso FETRATEL, perfeccionarse con el caso Llanos Huasco y consolidarse con el caso Baylón.

La conclusión a la que arriba la Primera Sala del TC solo puede entenderse desde su propio punto de partida, que el Régimen CAS es un régimen de contratación a plazo determinado por esencia. Dicha afirmación, evidentemente cuestionable, nos lleva al siguiente punto de análisis del presente artículo, la estabilidad de entrada en el Régimen CAS.

C. Estabilidad de entrada en el régimen CAS

³⁷En el proceso de amparo seguido por Roy Marden Leal Maytahuari contra el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) bajo expediente N°03818-2009-PA/TC, El TC señaló en el fundamento 6: “*en el proceso de amparo resulta innecesario e irrelevante que se dilucide si con anterioridad a la suscripción del contrato administrativo de servicios el demandante había prestado servicios de contenido laboral encubiertos mediante contratos civiles, pues en el caso de que ello hubiese ocurrido, dicha situación de fraude constituye un periodo independiente del inicio del contrato administrativo de servicios, que es constitucional. Por lo tanto, dicha situación habría quedado consentida y novada con la sola suscripción del contrato administrativo de servicios*”. Aunque se ha señalado expresamente, entendemos que dicha validación es relevante para efectos de la impugnación del despido mas no para el reclamo de eventuales beneficios que le pudieran corresponder al trabajador por haber estado contratado fraudulentamente mediante un contrato SNP.

³⁸ No existe en la Ley CAS ni en su reglamento norma alguna que permita identificar que se trata de un régimen transitorio.

³⁹ Tercer párrafo del fundamento 7 d. de la STC emitida en el exp N°3818-2009-PA/TC.

Como se ha señalado, la estabilidad de entrada se manifiesta en la preferencia por la contratación a plazo indeterminado y en la exigencia de causalidad para la contratación a plazo determinado. Ninguna de dichas reglas es recogida en la Ley CAS ni en su Reglamento.

En efecto, la Ley CAS no contiene disposiciones referidas a la preferencia por la contratación a plazo indeterminado ni exige causa objetiva para la utilización de un contrato temporal. Por el contrario, el artículo 5° de dicha ley simplemente establece que *“El contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable”*, haciendo explícito que la contratación en el Régimen CAS es a plazo determinado sin que se requiera causa alguna. Así, lejos de contemplar la estabilidad de entrada, el Régimen CAS contiene una norma evidentemente contraria a la misma.

En un intento de justificar la utilización de la contratación temporal en el Régimen CAS, el Reglamento de la Ley CAS introduce algunas precisiones relativas a la duración del contrato. Así, en el artículo 5 señala: *“El contrato administrativo de servicios es de plazo determinado. La duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación; sin embargo, el contrato puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades. Cada prórroga o renovación no puede exceder del año fiscal.”*. De esta manera se intenta justificar la contratación temporal en razones presupuestarias pero realmente ello no sucede. En efecto, si la disponibilidad presupuestal fuera la razón para la contratación temporal, debería exigirse que para no renovar el contrato, la entidad acreditase objetivamente la falta de presupuesto. Asimismo, debería prohibirse que el trabajador al que no se le renueve el CAS, sea sustituido por otro trabajador de cualquier otro régimen, ya que si la no renovación del contrato es la falta de presupuesto, lo lógico sería que el puesto desapareciera. En el Régimen CAS, no se contempla estas ni ninguna otra limitación similar, por lo que se podría concluir que la disponibilidad presupuestal no es la verdadera razón para la contratación temporal. Tampoco se ha demostrado ni insinuado ninguna otra justificación por lo que no podemos sino concluir que la vulneración a la estabilidad de entrada en el Régimen CAS es injustificada y, por lo tanto, contraria al Derecho al Trabajo y en consecuencia es inconstitucional.

La inconstitucionalidad del artículo 5 de la Ley CAS también fue denunciada en el proceso de inconstitucionalidad seguido en el expediente N°00002-2010-PI/TC. Sin embargo, de acuerdo con lo señalado en la sentencia, la demanda se centró en la comparación del Régimen CAS en el que la contratación a plazo fijo no tenía límites, con el Régimen Público y el Régimen Privado, recalcando que en estos últimos la contratación a plazo determinado tiene periodos máximos de 3 y 5 años respectivamente, lo que se traduciría en un abuso de derecho. De acuerdo con el texto de la demanda, no se habría denunciado la contravención del Derecho al Trabajo, ni al principio de continuidad, ni al principio de causalidad. Quizá por esa razón en la propia sentencia no existe un pronunciamiento claro sobre la constitucionalidad del régimen de contratación temporal en el CAS. No obstante, existen visos de que para el Tribunal, la regulación referida a la contratación temporal no está completa, pues en el considerando 48 de la sentencia encomendó al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo completar la legislación adoptando *“disposiciones tales como la fijación de los límites para la contratación de personal bajo esta modalidad de modo que pueda hacerlo no*

sólo fijando porcentajes respecto del total de trabajadores de este régimen, sino estableciendo otros criterios que considere razonables para tal efecto”. Ya en la parte resolutive, el TC da un plazo para ello que no debía exceder del 31 de diciembre de 2010.

La falta de claridad en la sentencia motivó el pedido de aclaración de la parte demandante, solicitando expresamente que se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 5° de la Ley CAS, pedido que fue absuelto por el Tribunal señalando que *“debe destacarse que la sentencia de autos no contiene omisión de pronunciamiento respecto del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1057, pues de sus fundamentos se puede inferir que este Tribunal consideró que dicho artículo es constitucional.*

Ello porque el contrato administrativo de servicios es un régimen laboral especial que respeta los derechos laborales individuales que reconoce la Constitución, motivo por el cual no podía estimarse como inconstitucional la frase “El contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable”. Además, porque en los fundamentos de la sentencia de autos también se desestimó el argumento de equiparación del contrato administrativo de servicios con el régimen laboral privado. Consecuentemente, este Tribunal se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1057.”⁴⁰

Aun luego de dicha aclaración, quedan dudas sobre si el TC considera que las normas de contratación del régimen CAS, tal como están expuestas, son respetuosas de dicho principio o si el tribunal, *a priori*, admite la validez la contratación temporal pero considera que la regulación debe completarse para fijar límites que la encuadren en el respeto del principio de causalidad y la preferencia por la contratación a plazo determinado (e.g. porcentajes limitativos para la utilización del CAS por entidad, exigencia de razones objetivas para la no renovación del contrato, plazos máximos para la utilización de dicha modalidad, etc.). En efecto, tanto los argumentos de la demanda y del pedido de aclaración, como la respuesta dada por el TC a los mismos, dejan dudas sobre cual es a criterio del intérprete constitucional, la relación existente y la relación debida entre el Régimen CAS y la estabilidad de entrada. De todos modos, llama la atención que, con ocasión del proceso de inconstitucionalidad, el TC no se haya pronunciado expresamente sobre el principio de causalidad a pesar de contar con una amplísima y uniforme jurisprudencia; más aún si tenemos en cuenta lo trascendente del régimen por el alto número de trabajadoras que están sujetas al mismo.

Aún cuando no existe un pronunciamiento claro por parte del Pleno del TC, existen pronunciamientos emitidos tanto por la primera como por la segunda sala del TC (aunque casi con la misma conformación) en las que se ha validado la extinción del CAS por vencimiento del plazo, por lo que se estaría validando la libre contratación temporal sin exigencia de causa objetiva. Así sucedió en los expedientes N° 3818-2009-PA/TC y N° 03505-2010-PA/TC.

En el primer caso, Exp. N° 3818-2009-PA/TC, el TC convalidó el cese por vencimiento del plazo del contrato y seguidamente señaló que la reposición no era viable en el Régimen CAS porque *“desnaturalizaría la esencia especial y transitoria*

⁴⁰ Aclaración de sentencia emitida en el Exp N°00002-2010-PI/TC.

*del contrato administrativo de servicios, por cuanto los contratos de trabajo en este régimen son a plazo determinado y no a plazo indeterminado.*⁴¹

En una sentencia emitida recientemente por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 03505-2010-PA/TC⁴², se señaló que el “régimen sustantivo reparador” previsto en el Régimen CAS, guardaba conformidad con el artículo 27 de la Constitución, tal como se había dispuesto en los expedientes N° 00002-2010-PI/TC y 03818-2009-PA/TC dando por sentado, con ello, que en el Régimen CAS no correspondía la tutela “procesal restitutoria”. Además, en el referido proceso, el demandante habría laborado durante dos días luego de vencido su último contrato. El TC, advirtió que dicha situación (trabajar después de la fecha de vencimiento del plazo del contrato administrativo de servicios) no estaba prevista en la norma y concluyó que existía una “laguna normativa que debe ser completada por las reglas del régimen laboral especial del contrato administrativo de servicios”⁴³. Llama la atención que el tribunal no haya recurrido a ninguno de los métodos de integración conocidos y aceptados generalmente en la doctrina, es decir, a la analogía, la interpretación extensiva o a los principios generales del derecho. Lejos de ello, el Tribunal optó por crear una regla totalmente inexistente señalando que “este Tribunal considera que el CAS se prorroga en forma automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios. Este hecho no genera que el contrato administrativo de servicios se convierta en un contrato de duración indeterminada, debido a que el artículo 5° del Decreto Supremo N°075-2008-PCM prescribe que la “duración del contrato no puede ser mayor que el periodo que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación”. En efecto, no se cita ninguna norma que haya sido aplicada por analogía, ni interpretada de manera extensiva, y difícilmente podremos asumir que se llegó a dicha conclusión mediante la aplicación de algún principio del derecho.

Quizá la razón por la que TC no pudo recurrir a los medios de integración obedece a que no encontró un paralelo similar al Régimen CAS y ello tiene sentido porque este régimen plantea un sistema de contratación a plazo determinado sin exigencia de causa justificada, en un ordenamiento laboral en el que el principio de continuidad, o de causalidad, y el derecho al trabajo en su faceta de conservación se alzan como pilares fundamentales. Resulta evidente que diseñar un régimen contractual laboral que pretende ignorar principios fundamentales (como el principio de causalidad) planteará problemas que requerirán de soluciones forzadas y que resulten extrañas al ordenamiento laboral. Lo paradójico en este caso es que el Tribunal Constitucional, quien tiene como principal función velar por el respeto de la constitución, haya resuelto un proceso de amparo (proceso insignia de la justicia constitucional) sin recurrir a una norma constitucional, por el contrario, pasando por alto derechos constitucionales (como el derecho al trabajo), y sustentando su decisión en lo dispuesto por un Decreto Legislativo y su reglamento.

Es cierto también que los pronunciamientos emitidos en los expedientes N°3818-2009-PA/TC y N°03505-2010-PA/TC han sido emitidos antes del 31 de

⁴¹ Tercer párrafo del fundamento 7 d. de la STC emitida en el exp N°3818-2009-PA/TC.

⁴² Proceso iniciado por Jackeline Sernaqué contra la Oficina Zonal de Ayacucho del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFORPI) bajo Exp. N° 03505-2010-PA/TC

⁴³ 5to Fundamento de la STC emitida en el Exp. N°03505-2010-PA/TC.

diciembre de 2010, fecha de vencimiento del plazo otorgado en el expediente N°00002-2010-PI/TC por el TC al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para que dicte las medidas complementarias para limitar la contratación de personal bajo régimen CAS. Así, quizá estos “extraños” pronunciamientos encuentren su explicación en una suerte de “período de gracia” otorgado por el TC, al Régimen CAS, en tanto el dicho Ministerio dicte la regulación pertinente.

D. Inestabilidad en el régimen CAS

De la revisión realizada, podemos recapitular que la reparación existente frente al despido arbitrario, fijada con un tope de dos remuneraciones mensuales, resulta evidentemente insuficiente para reparar el daño ocasionado por la pérdida de un empleo. Además, se debe considerar que entablar un proceso judicial contra el Estado⁴⁴ implica asumir altos costos en tiempo y recursos económicos, pues a las dificultades y trabas propias de cualquier proceso judicial se agregan los graves problemas que implica ejecutar, contra el Estado, una sentencia que ordene el pago de una suma de dinero. Por lo tanto, podría afirmarse sin temor a equivocaciones, que la gran mayoría de trabajadores CAS, cesados sin causa justa, no exigirá el pago de la indemnización prevista y se quedará sin reparación frente a un despido sin causa.

Ya la efectividad de la indemnización prevista para el despido sin causa justa es bastante cuestionable, pero si además consideramos que la contratación temporal es incausada y, por lo tanto, la no renovación de los contratos también lo será, podemos concluir que en el régimen CAS no existe, en términos prácticos, ninguna forma de estabilidad en el empleo.

La ausencia de estabilidad de trabajo en el Régimen CAS es perjudicial para los trabajadores sujetos a dicho régimen, porque quedan desprovistos de mecanismo que le permita proteger la continuidad de su empleo, principal vía de provisión de los medios de subsistencia, frente a actos arbitrarios con los que se les pretenda privar del mismo o peor aún frente a actos desleales que pretendan mermar el goce de derechos fundamentales como la libertad sindical, el derecho a la no discriminación, o al acceso a la tutela jurisdiccional efectiva.

Pero, a esos riesgos perjudiciales para los propios trabajadores, en el caso de los servidores o funcionarios públicos, se suman otros más que afectan ya a la comunidad en general. Señalábamos anteriormente que la estabilidad en el empleo era una

⁴⁴ En el exp. N°03818-2010-PA/TC el Tribunal Constitucional estableció que el artículo 13.3 que originalmente sostenía que “*Cuando el contrato administrativo de servicios sea resuelto por la entidad pública, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, el juez podrá aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses*”, debía leerse en el sentido que “*si el despido se produce por terminación injustificada, el empleador tiene la obligación de pagar automáticamente al trabajador la indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos meses. En caso de que el empleador no abone en forma automática la indemnización, el trabajador podrá interponer la demanda correspondiente. Si el trabajador considera que no ha cometido falta imputada que sustenta su despido o éste constituye una sanción desproporcionada, podrá interponer una demanda solicitando que se le abone una indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses*”. Resulta evidente que el problema radicará justamente en determinar cuando estamos frente a un despido injustificado por lo que con toda seguridad deberá recurrirse al Poder Judicial para obtener la reparación.

herramienta imprescindible para asegurar la independencia de los servidores públicos. Por lo tanto, la ausencia de estabilidad trae consigo los riesgos anotados anteriormente. Este peligro viene siendo advertido a nivel mundial cuando se escribe sobre regímenes laborales de las administraciones públicas, y más recientemente, a nivel local, cuando se ha escrito justamente sobre el régimen CAS⁴⁵. Quizá no haya mejor momento para caer en la cuenta de la dimensión de esta contingencia que una coyuntura electoral. Un cambio de gobierno podría significar un cambio importante en el funcionamiento y la práctica de la administración pública. Si un gran número de funcionarios pudiesen ser removidos de sus puestos de trabajo con total libertad, como parece que podría suceder con los trabajadores sujetos al régimen CAS, la imparcialidad de los que mantengan sus puestos de trabajo podría ser mermada. La posibilidad de no renovación libre de los contratos permitiría a los gobiernos de turno renovar personal hasta copar las instituciones con funcionarios “obedientes” a las directivas dictadas desde arriba. Así las administraciones podrían terminar funcionando más en función de intereses políticos o económicos particulares, en lugar de proceder con criterios técnicos. Esta situación por cierto estaría muy lejos de garantizar la predictibilidad de las entidades estatales restando eficiencia al funcionamiento estatal.

E. Cuestiones pendientes

Todas las objeciones realizadas en el presente artículo, han sido tomadas en cuenta también por el poder legislativo pues desde la entrada en vigencia de la Ley CAS (Decreto Legislativo N° 1057) y su reglamento (D.S. No. 075-2008-PCM), se han presentado ya dos proyectos de ley para derogar el régimen en su totalidad, y un proyecto de ley para modificar, entre otros aspectos, el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1057. Estos proyectos de ley, analizados por la comisión de trabajo, derivaron en un Dictamen emitido el 7 de abril de 2010, en el que se concluye la necesidad de reconocer el carácter transitorio del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, y de modificar el artículo 5 de la Ley CAS. La propuesta de modificación consiste en señalar que *“el plazo máximo de contratación, incluidas las renovaciones, es de tres (3) años. Transcurrido dicho plazo el contratado debe ser incorporado al régimen laboral ordinario de la entidad contratante, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de concurso y mérito y capacidad exigidos por ley (...)”*. Adicionalmente, se introduce un mecanismo de protección para la estabilidad laboral, señalando que: *“Debe justificarse la no renovación contractual en causa objetiva. En los casos que la persona contratada cumpla las funciones de funcionario de confianza o funcionario directivo de libre remoción, la entidad contratante podrá resolver unilateralmente el contrato antes del plazo pactado sin que medie motivo alguno. Si la persona contratada cumple las funciones de servidor público, si la entidad contratante resuelve unilateralmente debe pagar una indemnización equivalente a la prevista en el régimen laboral de la actividad privada, para el despido”*. Esta propuesta acoge en cierta medida la preferencia por la contratación a plazo indeterminado, al establecer un plazo máximo para la contratación temporal. Igualmente, recoge una protección para el

⁴⁵ ALACHE SERRANO, Percy y Eduardo GARCIA BIRIMISA. “El régimen del Contrato Administrativo de Servicios”. En: Revista Jurídica del Perú N° 99. Primera Edición, Lima, mayo de 2009. Pp. 137.

BALBÍN TORRES, Edgardo. “El nuevo régimen del contrato administrativo de servicios: aspectos constitucionales”. En: Soluciones Laborales. N° 12. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2008, pp. 22-24.

despido arbitrario similar a la prevista en el régimen laboral de la actividad privada, pero aún defectuosa pues, si bien en principio se señala que debe justificarse la no renovación del contrato, no se establece un mecanismo de protección frente a una eventual trasgresión de dicho mandato y la eventual indemnización se plantea únicamente respecto de la resolución unilateral antes del plazo.⁴⁶

Recientemente, el 18 de abril de 2011, el Pleno del TC emitió sentencia en un proceso de inconstitucionalidad presentado por siete mil trescientos noventa y tres ciudadanos contra la Ley N° 29157 y los Decretos Legislativos Nos 1023, 1024, 1025, 1026 y 1057 seguido bajo expediente N° 00010-2010-PI/TC. En el primer extremo del fallo, se declaró improcedente la demanda en el extremo referido a la impugnación del Decreto Legislativo N° 1057 por existir una sentencia previa recaída en el Expediente N.º 00002-2010-PI/TC que confirmó la constitucionalidad del Decreto Legislativo N°1057. Sin embargo, el magistrado Eto Cruz, quien no participó en la sentencia emitida en el expediente N° 00002-2010-PI/TC, emitió un voto en discordia, expresando su disconformidad con la declaración de improcedencia de la demanda por considerar que existe un principio constitucional no evaluado en el proceso anterior, que podría arrojar una conclusión distinta, lo que ha sido alegado anteriormente por el propio TC para desestimar los efectos de cosa juzgada de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, y permitir un nuevo examen de constitucionalidad de una norma [RTC N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (acumulados), f. 9].

Así, considerando que el “**principio de progresividad de los derechos sociales**”, reconocido en el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podría llevar a una conclusión distinta, procedió a reevaluar la constitucionalidad del Régimen CAS, señalando que se debió analizar la causa objetiva que sustentaba las particularidades del Régimen CAS. Al respecto señaló que era “*evidente que la única justificación real reside en el factor económico, en el costo económico que supone para el Estado incorporar a todos los trabajadores que venían trabajando bajo el régimen anterior y a los nuevos que van ingresando a cualquiera de los otros dos regímenes laborales.*”⁴⁷. Agrega además, que las razones presupuestales no habían sido expuestas y mucho menos demostradas en los diversos procesos de inconstitucionalidad a los que se ha sometido el Decreto Legislativo N° 1057, vulnerándose así el principio de progresividad recogido también en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “*En dicho contexto, como se ha recogido en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “El Estado tiene la obligación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados,..., la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.*”. Así, el magistrado Eto Cruz concluye que: “*Al no haberse realizado tal examen ni haber demostrado el Estado la constitucionalidad de la diferenciación, sólo*

⁴⁶ El proyecto de Ley N°3526/2009-CR abarcaba un supuesto adicional pues exigía que la indemnización correspondía también frente a la no renovación que no estuviese basada en causa objetiva debidamente acreditada, como exigencias legales de índole presupuestal. Se entiende que la indemnización en este último caso debía ser la prevista para la contratación a plazo indeterminado (45 días de sueldo por año de servicio) y no la indemnización correspondiente a los contratos temporales (45 días de sueldo por cada mes dejado de laborar), puesto que de ser así, no habría indemnización alguna.

⁴⁷ Considerando N° 14 del Voto del Magistrado Eto Cruz expedido en la STC del Exp. 0010-2010-PI/TC.

podía caber la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1057.”⁴⁸

Conclusiones

La estabilidad en el empleo, es una de las principales instituciones del Derecho Laboral. Es reconocida en un amplio número de Estados así como en diversos instrumentos de Derecho Internacional. En el Perú, encuentra sustento constitucional en el Derecho al Trabajo que posee una faceta de conservación del empleo, en virtud de la cual nadie que tenga un contrato de trabajo vigente, debe ser privado del mismo a no ser que exista causa justificada para ello. El Derecho al Trabajo, además contiene al Principio de Continuidad de la relación laboral, que se manifiesta, en la preferencia por la contratación a plazo indeterminado y en la resistencia a admitir la recisión unilateral del contrato por voluntad del empleador. Estas manifestaciones se traducen en la estabilidad de entrada y la estabilidad de salida, las dos caras de una misma moneda pues una sin la otra no son capaces de asegurar la estabilidad de trabajo.

La estabilidad en el empleo es la manera como se positiviza una expectativa social de continuidad de la relación laboral generada por la continuidad de la empresa o entidad empleadora. Esta expectativa tiene sentido porque, para la mayoría de la población, el trabajo es el único medio para procurarse los medios de subsistencia. Adicionalmente, la estabilidad en el trabajo ayuda a mantener la duración del contrato de trabajo lo que permite acceder a una serie de beneficios sociales pensados en un contrato de larga duración (e.g. subsidios por maternidad, subsidios por incapacidad temporal, vacaciones, etc.). Finalmente, la estabilidad en el trabajo adquiere importancia, al concebirla como un medio para garantizar el ejercicio de otros derechos fundamentales, como la libertad sindical, el derecho a la no discriminación y de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, impidiendo que se realicen despidos que puedan tener por objeto mermar o violentar los derechos señalados.

La estabilidad en el empleo, adquiere especial relevancia en el ámbito del empleo público, pues surge como una herramienta esencial para garantizar la independencia de los funcionarios públicos, protegiéndoles de presiones que intenten desviarlos de su legítimo objetivo de ejercer sus funciones en pro del interés público. Sin estabilidad laboral los funcionarios quedarían a merced de sus superiores que podrían estar influenciados por orientaciones políticas o intereses económicos particulares ajenos al interés público. Guiadas por intereses particulares en lugar de criterios técnicos las entidades públicas pueden volverse impredecibles y con ello ineficientes.

En el Perú, el TC ha mantenido una marcada orientación de ampliación de la tutela restitutoria a una gran variedad de situaciones para las que la legislación laboral solo preveía una tutela resarcitoria. Así, ha desempeñado un papel protagónico en el fortalecimiento de la protección de la estabilidad en el empleo. Sin embargo, dicha orientación ha sufrido un revés inexplicable cuando se ha sometido a su análisis la regulación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. Mediante diversos pronunciamientos se ha apartado de su línea jurisprudencial y ha

⁴⁸ Considerando N° 17 del Voto del Magistrado Eto Cruz expedido en la STC del Exp. 0010-2010-PI/TC.

evitando ejercer un efectivo control de constitucionalidad sobre la regulación del Régimen CAS, sustentando sus fallos, en la propia regulación de dicho régimen aún a costa de apartarse de las normas constitucionales.

La raíz de las deficiencias en los pronunciamientos del TC relativos a la estabilidad en el trabajo, quizá se encuentre en admitir sin cuestionamientos que se trata de un régimen de contratación a plazo determinado sin que le sea exigido el cumplimiento del principio de causalidad y la preferencia por la contratación a plazo indeterminado a pesar de que en todo nuestro ordenamiento jurídico, dichos valores juegan un papel fundamental.

La solución a las inconsistencias del Régimen CAS, relativas a la estabilidad en el empleo, pasan por exigir el claro respeto por el principio de causalidad lo que implica exigir modificaciones legales que evidencien la exigencia de una causa objetiva para validar la contratación temporal o cuando menos establecer límites temporales a su utilización a modo de asegurar la transitoriedad del régimen y salvar de esta manera su constitucionalidad.

ITA IUS ESTO
www.itaiusesto.com

La séptima edición de la Revista Ita Ius Esto se realizó gracias al auspicio de:

