

UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS Y LA
DESNATURALIZACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DEL D.L. N°
728 EN LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAURA –2016**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Presentado por:

BACH: JULCA MONTALVAN RONALD OMAR.

BACH: SHARON PATRICIA, LORENZO LORENZO.

Asesor:

Mg. FELIX ANTONIO DOMINGUEZ RUIZ

HUACHO – PERÚ

2017

**CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS Y LA
DESNATURALIZACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DEL D.L. N° 728 EN LA
MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAURA –2016**

Presentada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional José
Faustino Sánchez Carrión para optar el Título Profesional de: ABOGADO.

Elaborado por:

Bachiller: Julca Montalvan Ronald Omar

TESISTA

Bachiller: Lorenzo Lorenzo Sharon Patricia

TESISTA

Mg. Felix Antonio Dominguez Ruiz

ASESOR

Aprobada por:

Mg. Bartolomé Eduardo Milán Matta

PRESIDENTE

Mto. Jaime Andrés Rodríguez Carranza

SECRETARIO

Abg. Oscar Alberto Baylon Osorio

VOCAL

DEDICATORIA

La presente tesis lo dedicamos a nuestros padres por habernos inculcado buenos valores y ser de nosotros hombres de bien para una sociedad para más justa.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la UNJFSC-Huacho, particularmente a la facultad de Derecho y Ciencias Políticas y a la Carrera Profesional de Derecho, a donde quiera que esté llevare siempre en alto el honor de haber sido estudiante de tan ilustre institución.

Agradecimiento especial a mi estimado asesor, por el tiempo, dedicación y paciencia para la elaboración de este proyecto y por las enseñanzas aprendidas.

ÍNDICE

PORTADA	i
TÍTULO	ii
ASESOR	iii
MIEMBROS EL JURADO	iiiv
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
INDICE	xi
RESUMEN	xii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	xii
CAPÍTULO I:	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. Descripción de la Realidad Problemática	1
1.2. Formulación del Problema	3
1.2.1. Problema General	3
1.2.2. Problemas Específicos	3
1.3. Objetivos de la Investigación	3
1.3.1. Objetivo General	3
1.3.2. Objetivos Específicos	4
1.4. Justificación e Importancia de la Investigación	4
1.4.1. Justificación teórica	4
1.4.2. Justificación metodológica	4
1.4.3. Justificación práctica	5
CAPÍTULO II	6
MARCO TEÓRICO	6
2.1. Antecedentes de la investigación	6
2.2. Bases teóricas	9

2.2.1. Derecho Del Trabajo	9
2.2.1.1. Evolución histórica del derecho del trabajo.....	9
2.2.1.2. Las fuentes del derecho de trabajo.	13
2.2.1.3. Principales productos normativos y no normativos	19
2.2.1.3.1. Constitución	19
2.2.1.3.2. Tratado	30
2.2.1.3.3. Ley y otras normas estatales.....	41
2.2.1.3.4. Convenio colectivo.	47
2.2.1.3.5. Reglamento interno de trabajo	60
2.2.1.3.6. Costumbre.	62
2.2.1.3.7. Sentencia que pone fin a un proceso laboral	66
2.2.1.3.8. Contrato de trabajo.....	69
2.2.1.4. Los principios del derecho de trabajo.....	71
2.2.1.4.1. El principio de igualdad de oportunidades sin discriminación	71
2.2.1.4.2. El principio de la irrenunciabilidad de derechos reconocidos por la constitución y la ley.	72
2.2.1.4.3. Indubio pro operario.	73
2.2.1.4.4. El principio de razonabilidad, proporcionalidad.	74
2.2.1.4.5. Principio de Legalidad.	75
2.2.1.4.6. El principio de la primacía de la realidad.....	75
2.2.1.4.7. El principio de continuidad.	76
2.2.1.4.8. El principio de inmediatez.....	77
2.2.1.4.9. El principio de la buena fe	78
2.2.2. Contrato – CAS.....	79
2.2.2.1. Definición	79
2.2.2.2. El Marco Normativo Del Contrato - Cas.....	79
2.2.2.2.1. Decreto Legislativo N° 1057.....	79
2.2.2.2.2. Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, (Modificado por El Decreto Supremo N° 065-2011-PCM).....	81
2.2.2.2.3. Res. Ministerial N° 417-2008-PCM.....	87
2.2.2.2.4. Res. de Presidencia Ejecutiva N°107-2011-SERVIR-PE	88
2.2.2.2.5. Ley N° 29849	91
2.2.3. Desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad.	95
2.2.3.1. Noción de desnaturalización.	95

2.2.3.2. Causas o supuestos de desnaturalización.....	95
2.2.3.3. Efecto de la desnaturalización del contrato modal.....	99
2.2.4. Régimen de contratación de trabajadores de las municipalidades.....	100
2.2.5. Estabilidad laboral.....	102
2.2.5.1. Concepto.....	102
2.2.5.2. La regulación de la estabilidad laboral en la organización internacional del trabajo. (OIT).....	104
2.2.5.3. La estabilidad laboral en el Perú.....	106
2.2.5.3.1. La Constitución de 1993.....	106
2.2.5.3.2. Posición del tribunal constitucional peruano en el tema de la estabilidad laboral: estabilidad de salida.....	107
2.3. Definiciones conceptuales.....	110
2.4. Hipótesis de la Investigación.....	112
2.4.1. Hipótesis General.....	112
2.4.2. Hipótesis Específicos.....	112
CAPÍTULO III.....	113
MARCO METODOLÓGICO.....	113
3.1. Diseño Metodológico.....	113
3.1.1. Tipo.....	113
3.1.2. Enfoque.....	113
3.2. Población y Muestra.....	114
3.2.1. Población.....	114
3.2.2. Muestra.....	114
3.3. Operacionalización de variables.....	114
3.4. Técnica de Recolección de Datos.....	115
3.4.1. Técnicas a emplear.....	115
3.4.2. Descripción de la Instrumentos.....	115
3.5. Técnicas para el Procesamiento de la Información.....	115
CAPÍTULO IV.....	116
RESULTADOS.....	116

4.1. Resultados del trabajo de campo e interpretaciones	116
4.2. Discusión	126
CAPÍTULO V	127
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	127
5.1. Conclusiones	127
5.2. Recomendaciones	127
CAPÍTULO VI	129
FUENTES DE INFORMACIÓN	129
6.1. Fuentes bibliográficas	129
6.2. Fuentes electrónicas	130
6.3. Fuentes Documentales.....	130
ANEXOS	131
Anexo 01: Matriz De Consistencia.....	132
Anexo 02. Evidencias del trabajo estadístico desarrollado:Instrumentos para la Toma de Datos	133

RESUMEN

Objetivo: Determinar si al contratar a los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, y se encuentran bajo el régimen del contrato administrativo de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura en el año 2016, se contraviene con una norma positiva y vigente. **Método:** Se ha utilizado un enfoque cuantitativo de análisis estadísticos a una población conformada por 300 trabajadores de la Municipalidad provincial de Huaura, representados en una muestra 60 trabajadores. La investigación es de nivel descriptivo- diagnóstico en tanto buscó describir un segmento de la realidad social ya esbozada. La técnica para el recojo de la información ha sido la encuesta a la muestra representativa. **Resultados:** La muestra indicó que un 91.67% que si deberían los trabajadores ser reconocido por otro régimen con una mejor remuneración y reconocimiento de otros derechos laborales y un 8.33% señalaron que no deberían estar los trabajadores en otro régimen laboral. **Conclusión:** Así concluimos que la contratación de hipótesis nos lleva afirmar que las entidades públicas contravienen la norma positiva y vigente al contratar a trabajadores bajo el régimen CAS, siendo que desarrollan una labor que cumple los requisitos laborales del Régimen del Dec. Leg. 728.

Palabras Claves: derecho al trabajo, Ley Procesal del Trabajo y Contrato administrativo de servicios.

ABSTRACT

Objective: Determine if by hiring workers who meet the parameters of the labor regime of Legislative Decree No. 728, and are under the regime of administrative contract services in the Provincial Municipality of Huaura in 2016, is contravened with a positive and current standard. **Method:** A quantitative approach of statistical analysis was used to a population made up of 300 workers of the Huaura provincial Municipality, represented in a sample of 60 workers. The investigation is of descriptive-diagnostic level insofar as it sought to describe a segment of social reality already outlined. The technique for collecting the information has been the representative sample survey. **Results:** The sample indicated that 91.67% that workers should be recognized by another regime with better remuneration and recognition of other labor rights and 8.33% indicated that workers should not be in another labor regime. **Conclusion:** Thus we conclude that the contracting of hypotheses leads us to affirm that public entities contravene the positive and current norm when hiring workers under the CAS regime, being that they develop a job that meets the labor requirements of the Dec. Leg. Regime. 728.

Key words: right to work, Labor Procedure Law and administrative services contract.

INTRODUCCIÓN

El propósito principal del presente trabajo de investigación parte de la preocupación referente a la contratación de trabajadores del Estado bajo los distintos regímenes siendo que muchas veces un trabajador que debe estar dentro del régimen 728, se le contrata bajo el régimen CAS, lo cual le perjudica económicamente; por este motivo se plantea realizar la investigación titulada “CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS Y LA DESNATURALIZACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DEL D.L. N° 728 EN LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAURA –2016”

La presente investigación se ha dividido en capítulos: En el primer capítulo: Se describe el planteamiento del problema, la realidad problemática, formulación del problema, planteamiento de los objetivos y, formulación de la justificación de la presente investigación.

En el segundo capítulo, denominado marco teórico: Se describe los antecedentes bibliográficos que guardan una relación con el tema planteado; también se ha considerado el apartado de bases teóricas y bases legales, que contienen un desarrollo dogmático y jurisprudencial que fundamentan la investigación; definición de términos básicos utilizados y, el planteamiento de la siguiente hipótesis general: Si al contratar a los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, pero se encuentran bajo el régimen del contrato administrativo de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura en el año 2016, entonces se contraviene con una norma positiva y vigente.

En el tercer capítulo, metodología: Se da a conocer el diseño metodológico (Tipo:

mixta aplicada, de nivel descriptiva correlacional, enfoque cuantitativo-cualitativo), la muestra de estudio está integrada por un universo de 30 personas (magistrados, abogados y estudiantes de Derecho y Ciencias Políticas). Se realizó la operacionalización de variables e indicadores y se presentó las técnicas e instrumentos de recolección de datos, con las técnicas empleadas para el procesamiento y análisis de la información.

En el cuarto y quinto capítulo, se ha considerado: resultados, discusión, conclusiones y recomendaciones, además es importante especificar que con la representación gráfica e interpretación de los resultados se ha confirmado la validez de las hipótesis; finalmente se consideró las fuentes de información donde se ha consignado las fuentes bibliográficas, hemerográficas, documentales y electrónicas utilizadas en la presente investigación siguiendo las normas APA.

Finalmente, se debe agradecer a las personas que han apoyado en la presente investigación, a través de sus sugerencias y observaciones. Se espera que este trabajo sea un aporte muy significativo para los estudiantes y profesionales del derecho en general.

CAPÍTULO I:

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la Realidad Problemática

La presente investigación, nace como una inquietud, no solo como una realidad emergente de los distintos regímenes laborales de los trabajadores y servidores del Estado, sino al incumplimiento de normas legales, constitucionales e incluso normas de jerarquía supranacional del cual forma parte Estado peruano y los viene incumplimiento.

Es sabido la parte más débil de una relación laboral, sea ésta privada o estatal, es el trabajador, siendo paradójico que siendo el Estado quien debe velar por el cumplimiento de las normas y la protección del trabajador en base a su función tuitiva laboral; sin embargo, es el Estado, el primero que incumple con los principios laborales y regímenes laborales, de allí la gran interrogante, el ¿Estado protege o no protege al trabajador? Y por ende con qué autoridad pretende que los empleadores privados cumplan con los dispositivos laborales.

Así, los obreros municipales (Efectivos de serenazgos, policías municipales, personal de limpieza pública, choferes, etc.) venían siendo contratados bajo el régimen de servicios no personales y hoy bajo el régimen CAS después, en lugar de aplicárseles el régimen laboral que la Ley Orgánica de Municipalidades establece: el régimen laboral privado, existiendo una abierta contravención a normas y principios laborales.

Entonces, las autoridades edilicias desconocen los derechos laborales de los obreros municipales vulnerando dichos derechos y causándoles un grave perjuicio económico, situación que ha sido y viene siendo permitida por el mismo Estado, lo que

ha permitido que los trabajadores interpongan acciones legales, pero con muy pocos éxitos por diversos factores.

En efecto, los gobiernos locales, masivamente han adoptado la celebración de estos contratos de manera indistinta, ya sea para el personal que en la realidad está sujeta al Decreto Legislativo N° 276 y para los obreros que se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo N° 728.

No es demás sostener que esta problemática fue generada en 1984 por el Congreso de la República. En efecto, todos los obreros del Estado pertenecían al régimen laboral privado por mandato de la Ley 9555 del 14 de Enero de 1942. Tanto así que la propia Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo 276) establece en su Primera Disposición Complementaria que “los obreros del Estado se rigen por las normas pertinentes”, es decir por la Ley 9555 y demás disposiciones laborales privadas.

El 28 de Junio del 2008 se publicó el Decreto Legislativo 1057 que crea el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) y que tuvo como objetivo dotar de derechos laborales mínimos a los servidores públicos que venían siendo contratados como locadores o como SNP por las restricciones de nombramiento que contienen las leyes anuales presupuestarias, ello motivó que los gobiernos locales, en lugar de reconocer a sus obreros los derechos del régimen laboral de la actividad privada que establece el Artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades, hayan optado por sustituir los contratos de locación de servicios o de servicios no personales de sus obreros por contratos administrativos de servicios.

La presente tesis, tiene como propósito evidenciar una abierta forma de incumplir con las normas y los principios, buscando los factores y motivaciones de que

el propio Estado sea el primer transgresor de normas de un trabajador que ha conllevado a la precarización de su situación laboral y económica.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿En qué medida los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, se encuentran bajo el régimen del contrato administrativo de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura en el año 2016?

1.2.2. Problemas Específicos

- a) ¿De qué manera el factor presupuestal influye para la contratación administrativa de servicios del personal obrero en la Municipalidad Provincial de Huaura?
- b) ¿En qué medida el desconocimiento de los derechos laborales y la necesidad de trabajo de los obreros influyen para someterse al régimen CAS del personal obrero de la Municipalidad Provincial de Huaura?

1.3. Objetivos de la Investigación

1.3.1. Objetivo General

Determinar si al contratar a los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, y se encuentran bajo el régimen del contrato administrativo de servicios en la Municipalidad

Provincial de Huaura en el año 2016, se contraviene con una norma positiva y vigente.

1.3.2. Objetivos Específicos

- a) Analizar si el factor presupuestal influye para la contratación administrativa de servicios del personal obrero en la Municipalidad Provincial de Huaura.
- b) Analizar si el desconocimiento de los derechos laborales y la necesidad de trabajo de los obreros influyen para someterse al régimen CAS del personal obrero de la Municipalidad Provincial de Huaura.

1.4. Justificación e Importancia de la Investigación

1.4.1. Justificación teórica

La presente investigación se justifica en la medida en que se logre precisar y establecer claramente la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores que deben estar en un régimen que le concede mayores ventajas económicas, pero que se les contrata bajo otro régimen, lo que contraviene normas de obligatorio cumplimiento.

La presente investigación es muy importante debido a que todos los países, especialmente el Perú cuenta con instituciones públicas que deben cumplir con las normas.

1.4.2. Justificación metodológica

Se justifica en la medida que se utilizan procedimientos, técnicas, estrategias de investigación que conllevan a la búsqueda de recolección de datos,

sistematización y la utilización de instrumentos estadísticos para probar las hipótesis planteadas.

La utilización de esta metodología permite, por un lado, dar a conocer la confiabilidad de los instrumentos utilizados y así mismo sirve como modelo para otros trabajos de investigación referidos a similares temáticas.

1.4.3. Justificación práctica

Por la presente investigación no solo se agota en tratar que el tema tenga fines prácticos aplicativos, sino que también de aprobarse el presente proyecto de tesis y posteriormente el informe final, servirá como guía de orientación a los operadores de justicia con el fin de que encuentren una herramienta de orientación con miras a resolver un problema de la realidad con la objetividad que merece. De igual manera servirá a los alumnos de la Facultad de Derecho, ya que tendrán a su alcance, un trabajo que informe de la existencia y la aplicación del derecho a la debida motivacion por parte de los justiciables, en todas las etapas y en todas las instancias de un proceso.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

RUEDA FERNÁNDEZ, Silvia consuelo (2011). En su trabajo de investigación titulada “la inconstitucionalidad del contrato administrativo de servicios – cas”. Realizada en la Universidad de San Martín de Porres. En programa de Doctorado de derecho, Llegó a las siguientes conclusiones:

- El régimen laboral de los trabajadores del Estado debe ser único y no diverso de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política del Estado.
- Existen trabajadores del Estado sujetos a un régimen laboral privado (728) lo cual contraviene la disposición constitucional antes citada, sin embargo es de advertir que los derechos y beneficios laborales acordados en dicho régimen son los mismos que los que gozan los trabajadores de la actividad privada.
- Los trabajadores del Estado están sujetos a distintos regímenes laborales, tales como la contratación por servicios no personales SNP, el Decreto Legislativo 276 y el régimen de contrato administrativo de servicios - CAS.
- Los trabajadores del Estado sujetos a servicios SNP carecían absolutamente de derechos y beneficios laborales, en clara violación del ordenamiento laboral, sin embargo al demandar judicialmente la reivindicación de sus derechos, recibían amparo y protección.
- El régimen CAS es de naturaleza laboral conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en su sentencia analizada en el presente trabajo, y por ello dispuso

la modificación del Decreto Legislativo 1057, lo cual se realizó mediante el D.S. 65-2011-PCM.

- Lo anterior no obstante, el régimen CAS reconoce derechos y beneficios laborales menores que los acordados en el régimen público del Decreto Legislativo N° 276, pese a que la función desarrollada por dichos trabajadores son permanentes y responden a cargos orgánicos y estables.
- Los derechos recortados son los siguientes: Compensación por tiempo de servicios, vacaciones, reconocimiento de tiempo de servicios, gratificaciones. No tenían derecho a sindicación y huelga. Estabilidad laboral.
- La limitación en el goce de los derechos laborales antes mencionados vulnera los principios laborales de igualdad, continuidad de la relación laboral, rendimiento, primacía de la realidad, protección contra el despido arbitrario, condición más beneficiosa para el trabajador, de inalterabilidad de las remuneraciones y condiciones de trabajo en beneficio del trabajador.
- Además de las transgresiones de orden laboral en las que incurre el Decreto Legislativo N° 1057, se concluye en que dicho dispositivo fue expedido en ejercicio de facultades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo para una materia diferente a la laboral, como era la modernización del Estado con motivo de implementación del Tratado de libre Comercio con Estados Unidos, razón por la cual resulta inconstitucional por esta otra causa.
- No es razonable sostener, para pretender convalidar la dación del Decreto Legislativo N° 1057, que la modernización del Estado para viabilizar el Tratado de libre Comercio tenga que pasar por el desconocimiento de derechos laborales.
- El Tribunal Constitucional considera que cuando el Decreto Legislativo N° 1057 no dispone acerca de los derechos de sindicación y huelga, ha incurrido en una omisión

constitucional y por ello manda a subsanar; lo cual demuestra que este mandato que pretende convalidar la norma lo que hace en realidad evidenciar la inconstitucionalidad de la misma.

- El Tribunal Constitucional califica como sentencia interpretativa la expedida para declarar la constitucionalidad del CAS, en virtud a que ha tenido que realizar una interpretación del Decreto Legislativo N° 1057 para entenderlo arreglado a la constitución; sin embargo cabe recordar que la interpretación auténtica de la ley es exclusiva facultad del Congreso Nacional, como la interpretación de la Constitución lo es del Tribunal Constitucional; y aun cuando todo operador del derecho debe hacer una labor de hermenéutica jurídica, esta es presidida por la Constitución y no por un decreto legislativo, conforme lo establece el artículo 51 de la Constitución Política.
- La sentencia del Tribunal Constitucional materia de investigación ha originado más problemas de los que pretendía resolver, causando el incremento de las demandas contencioso administrativo laboral. Y al mismo tiempo generando un verdadero impase jurídico ya que su carácter vinculante impide a los jueces apartarse de ella.
- En el marco interpretativo de la problemática suscitada por el CAS, es elemento rector la condición de Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho, la cual hace prevalecer el respeto a la dignidad humana, y específicamente para este caso a los derechos laborales.
- No se encuentra razón justificatoria para que el TC haya dispuesto que el Ministerio de Trabajo fije límites para la contratación del personal bajo el CAS, si es que este régimen fuera realmente constitucional debería estar al alcance de todos, precisamente para no afectar el derecho a la igualdad.

- Tampoco se encuentra razón justificatoria para consagrar un trato diferenciado en clara desventaja a los trabajadores CAS, por cuanto aun cuando por el régimen laboral del trabajador estatal pudiera ser diverso, los trabajadores que desarrollan labores idénticas deben tener los mismos derechos, siendo el caso que ello no ocurre así.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Derecho Del Trabajo

2.2.1.1. Evolución histórica del derecho del trabajo

a) Edad Antigua

Las cuestiones sociales se remontan a los orígenes del hombre en la sociedad, es así como en la antigüedad el trabajo se relacionaba con la esclavitud, cuyo origen data de la época de la prehistoria, con la mujer como sujeto pasivo de la relación. Sin embargo fue la guerra el principal móvil de esclavitud y ésta, la primera forma de trabajo. Ya que de una u otra manera, quien la ganaba, se beneficiaba con la labor del vencido (Beltrán y Sánchez 2002, p.16).

La característica primordial de la esclavitud fue el hecho de que el esclavo era de propiedad absoluta del señor (dueño) pudiendo obligarle a desempeñar cualquier labor o actividad. Éste era considerado un objeto o Cosa según el ordenamiento legal y como consecuencia tratado como tal, al igual que los bienes y frutos (hijos) producidos por él (Guerrero Figueroa p.11).

La normativa laboral se inclinaba hacia los esclavos, como realizadores del servicio y como fundamento de una situación social imperante y definidora del sistema de la época. En el Derecho Romano, el trabajo se confundía con el arrendamiento de cosas, por ser el esclavo considerado un objeto.

Además de la guerra, fueron fuentes de esclavitud la insolvencia del deudor, que convertía a éste en esclavo del acreedor; el nacimiento de madre esclava; la condena penal y por disposición de la ley.

Estos factores llevaron al abuso indiscriminado de esta figura (la esclavitud), ya que el dueño o propietario del esclavo, podía hacer con este lo que quisiera, al punto de poder disponer de su vida y de la de su familia.

b) Edad Media.

En esta época, con el establecimiento del comercio, nacen las relaciones feudales, donde la nota principal del sistema fue el latifundismo. Esta institución aparece como una transformación de la esclavitud, luego de la desintegración del Imperio Romano, cuyo fundamento se presenta en la necesidad que tenían los señores feudales de hacer producir sus tierras, al crearse gravámenes estatales para los terrenos que se encontraban abandonados aunque contaran con un dueño. Esto significó un cambio fundamental en la manera de ver al esclavo (Guerrero Figueroa, p. 113).

A raíz de estas medidas, fue imperioso para los señores establecer en sus tierras a sus esclavos, momento histórico en el cual

dejaron de llamarse como tal para pasar a ser siervos de la gleba, denominación que acarreaba una situación jurídica diferente, ya que éstos contaban con la posibilidad de casarse y además tenían el derecho a percibir una participación por los beneficios de la explotación del terreno.

Aparece el colonato, figura en la que el Señor ya no es quien a su liberalidad entrega al colono una parte del producto de la tierra, sino que es él, quien la explota en su beneficio, dando una participación al dueño del feudo, basándose en un contrato celebrado con anterioridad.

Además del trabajador rural unido a la finca, en el marco histórico del feudalismo, aparecen en las ciudades los trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena; nacen los talleres de artesanos y gracias al gran prestigio que ganó el trabajo artesanal surgieron las corporaciones o gremios, los cuales se ocupan de la organización del trabajo, dando lugar al sistema gremial que va a constituir la base prima de la regulación de la prestación personal de servicios para la época.

El gremio tiene como característica la obligatoriedad, reflejada en que ninguno de sus afiliados podrá actuar con independencia del órgano gremial. Con el advenimiento del maquinismo, estas corporaciones se vieron afectadas al punto de desaparecer por la “tecnología” que se desarrollaba en las grandes fábricas.

c) Edad moderna

La aparición de nuevas organizaciones industriales, la transformación de las corporaciones, la oposición que cada día era más violenta entre el trabajador campesino y el señor feudal, fueron algunos

de los hechos que determinaron el nacimiento del liberalismo (Guerrero Figueroa, p. 15).

El trabajo es considerado una mercancía, ya que será la ley de la oferta y la demanda la que solucione los conflictos que se llegaran a suceder en este campo (Guerrero Figueroa, p. 6).

Según el liberalismo, es necesario que exista una absoluta libertad individual y a su vez deben suprimirse los obstáculos que impidan el libre desarrollo de la persona humana.

En esta etapa, el Estado juega un rol de simple espectador; es un Estado no intervencionista en el campo laboral. Simplemente vigila que el principio de libertad no se viole y que en las relaciones socioeconómicas entre los particulares no concurren intermediarios.

d) Edad Contemporánea

Al adentrarse la edad contemporánea, con la llamada “Revolución Industrial”, que es uno de los grandes episodios de la historia humana, se presentó un cambio de modos de vida generalizado e intenso, además de dar lugar no sólo una convulsión industrial sino cambios de tipo intelectual y social.

Debido a la entrada de la máquina, los salarios paupérrimos, las condiciones en que los trabajadores debían laborar, la aceptación de menores y el trato que se le daba a la mujer, además de la falta absoluta de prohibiciones en las labores, se dio origen a sucesivas rebeliones de éstos contra los empleadores de entonces, además de una fuerte reacción por parte de las autoridades y su despertar a la

protección de los asalariados, a través de su intervención; se tomaron medidas como la de limitar la edad de los menores para actuar en el campo laboral, sobre un horario y unas labores determinadas, al igual que la protección que se le otorgó a las mujeres, es aquí donde se inicia la historia del actual Derecho del Trabajo.

En esta etapa tiene un papel preponderante la creación de asociaciones profesionales, que se originaron con el objeto de igualar fuerzas con los empleadores, debido a los abusos que se presentaban de unos con relación a los otros, en aquella época de concentración de trabajadores en las grandes fábricas. Estos se imponían a través de pliegos de condiciones, utilizando como medio de autotutela la huelga. Consiguientemente se originaron las bases sobre las cuales descansa el Derecho Colectivo del Trabajo, como son la coalición, las huelgas y las negociaciones colectivas.

2.2.1.2. Las fuentes del derecho de trabajo.

La expresión fuente del derecho tiene -en la doctrina italiana- una doble acepción. De un lado, como fuente de la producción, se refiere al productor, que es una entidad -en el más amplio sentido de la palabra- que posee la atribución de elaborar un producto, así como al procedimiento que debe utilizar con ese propósito. Se responde a las interrogantes acerca de quién puede producir y cómo debe hacerlo. De otro lado, como fuente del conocimiento, alude al producto mismo y absuelve la cuestión de qué es lo producido. En el primer significado será fuente del derecho, por ejemplo, el Congreso y el trámite parlamentario de elaboración de la ley;

y, en el segundo, la propia ley. En rigor ésta tiene su origen en aquéllos, por lo que la fuente de la producción sería mediata y la del conocimiento inmediata. En este trabajo vamos a emplear el concepto en ambas acepciones (Neves Mujica 2007, p. 36).

La producción puede consistir en un acto o en un hecho y su impacto sobre el producto puede estar en crearlo, modificarlo o extinguirlo. Vamos a explicar enseguida cada uno de estos términos.

Los productos pueden tener su origen en actos o hechos. Los primeros son manifestaciones de voluntad de ciertas entidades (poderes del Estado, organismos autónomos, organizaciones internacionales, autonomía privada, etc.). Son actos los que conducen a la producción de la ley, el tratado, el convenio colectivo, el contrato de trabajo, la sentencia, etc. Pero algunos de ellos son normativos y otros no, conforme veremos luego. Cuando son normativos, adoptan indispensablemente forma escrita y necesitan publicidad, que en el caso de los productos creados por el Estado supone la publicación -aunque no debería agotarse en ella- y en el de los generados por la autonomía privada, al menos la inscripción en un registro público. (Neves Mujica 2007, p. 36).

Los hechos son situaciones objetivas: una práctica reiterada que suscita convicción de obligatoriedad. No requieren forma escrita, aunque sí - cuando son normativos- alguna difusión. En esta perspectiva, son productos derivados de hechos, la costumbre y -según algunos autores- hasta la jurisprudencia. También hay hechos normativos y los que no lo son.

Comúnmente, cada productor está asociado a un producto propio. Así, la Asamblea Constituyente a la Constitución, el Poder Legislativo a la ley, el Poder Ejecutivo al reglamento, el Poder Judicial a la sentencia, los sujetos laborales colectivos al convenio colectivo, los sujetos laborales individuales al contrato de trabajo, etc. Por excepción, una entidad puede estar habilitada para producir otras formas jurídicas, como ocurre con el Poder Ejecutivo y los decretos legislativos y decretos de urgencia. (Neves Mujica 2007, p. 37).

Las consecuencias que tienen los actos o hechos sobre los productos, son las de crearlos, modificarlos o extinguirlos. En general, las entidades poseen las tres respecto de sus formas jurídicas propias. Así sucede con los productos que hemos mencionado en el párrafo anterior. Por ejemplo, el Poder Legislativo puede hacer todo ello con la ley, como pueden hacerlo las partes de la relación individual de trabajo con el contrato, refiriéndonos a un producto normativo y a otro no normativo, respectivamente.

Pero puede ocurrir también que una entidad tenga respecto de ciertas formas jurídicas sólo algunas de las mencionadas potestades. Por ejemplo, las de modificarlas o extinguirlas, mas no la de crearlas. Tal es lo que sucede al interior del bloque de los productos heterónomos, de un lado, y de los autónomos, del otro. En el primer caso, el Poder Legislativo no puede crear pero sí modificar o extinguir cualquier otra norma estatal de nivel igual o inferior a la ley (como un decreto legislativo, un decreto de urgencia, un reglamento, etc.), salvo que la Constitución otorgue competencia exclusiva para ello a una entidad distinta. En el segundo, los

sujetos laborales colectivos se encuentran en similar situación respecto del contrato de trabajo, que pueden modificar o extinguir por un convenio colectivo (en el último caso, en un procedimiento de terminación de la relación laboral por causas objetivas), mas no crear.

Asimismo, existen entidades investidas exclusivamente -o, al menos, fundamentalmente- de la atribución de extinguir. Este es el caso de las encargadas del control de la constitucionalidad y legalidad del ordenamiento, no en el sistema difuso (en el que se les permite sólo inaplicar al caso concreto las normas infractoras), sino en el concentrado (en el que se les permite eliminarlas). Nuestra Constitución recoge ambos sistemas y le asigna al Tribunal Constitucional la potestad de eliminar mediante una sentencia dictada en un proceso de inconstitucionalidad, las leyes y otras normas de su nivel incompatibles con la Constitución (numeral 4 del artículo 200); y al Poder Judicial, la de hacerlo con los reglamentos y otras normas de su nivel cuando infringen la Constitución o la ley, a través de una sentencia expedida en un proceso de acción popular (numeral 5 del artículo 200).

Por último, para que un producto pueda considerarse fuente del derecho, debe ser una norma. Debemos identificar, entonces, qué distingue un producto normativo de otro no normativo. La respuesta se encuentra en los diferentes efectos de uno y otro sobre los destinatarios y las acciones reguladas, como precisa Bobbio (2002: 130 y ss). Mientras los productos normativos constituyen reglas generales y abstractas, es decir, universales en lo referente al destinatario y a la acción, respectivamente; los no normativos forman decisiones particulares y concretas, esto es, singulares

en ambos casos. Es esto lo que hace diversos a la ley y al contrato, por ejemplo, que tienen las primeras y las segundas características, respectivamente.

Pero así como hay productos nítidamente ubicables entre los normativos o no normativos, hay otros de clasificación compleja. Este es el caso del convenio colectivo, que es un producto al que la doctrina le reconoce ambas características, cada una de ellas referida a una parte específica de su contenido: la normativa y la obligacional.

Asimismo, es el caso de la sentencia, que por lo común es un producto no normativo (cuando pone fin al proceso con efectos sólo entre las partes del mismo), pero a veces puede ser normativo (cuando elimina una norma o forma un precedente vinculante para futuros procesos).

Para concluir queremos recoger tres criterios de frecuente uso por la doctrina para distinguir entre las normas. (Neves Mujica 2007, p. 38).

El primero es el que separa las normas instrumentales de las sustantivas, en función de su incidencia mediata o inmediata sobre la generación de derechos. Mientras las normas instrumentales son las que regulan el propio sistema de fuentes del derecho: qué entidades, mediante qué procedimientos, pueden producir qué formas normativas (la parte orgánica de la Constitución es claramente de este tipo); las sustantivas establecen directamente derechos y obligaciones para las personas (como hace la parte dogmática de la Constitución).

El segundo criterio se refiere al empleo de las formas normativas en todo el ordenamiento o en una sola de sus áreas. En virtud de éste, se distingue entre las normas comunes y las especiales. Las primeras son las

formas jurídicas existentes en todos los sectores del ordenamiento, como la ley o el reglamento, cuyo contenido es el que cambia según la materia regulada. Y las segundas son las formas jurídicas propias del Derecho del Trabajo, la principal de las cuales es el convenio colectivo.

El tercer criterio está construido sobre la base del carácter y grado de imperatividad o dispositividad de las normas estatales frente a la autonomía privada. Desde esta perspectiva, hay normas de derecho dispositivo, que permiten la presencia de la autonomía privada en la regulación de una materia y su libre juego en cualquier dirección (de mejora o de disminución); derecho necesario relativo, que fijan pisos a la autonomía privada, debajo de los cuales la intervención de ésta queda prohibida; máximos de derecho necesario, que establecen techos a la autonomía privada, que no puede sobrepasar; y derecho necesario absoluto, que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada. La gran masa de normas laborales es del segundo tipo. Creemos que el carácter mínimo de las normas laborales debe presumirse, si no hay declaración expresa en tal sentido, porque es el que guarda mayor conformidad con la naturaleza protectora del ordenamiento laboral. Por tanto, la declaración expresa sólo se requiere cuando la norma laboral adopte uno de los otros tres tipos que hemos mencionado.

SISTEMA PERUANO DE FUENTES DEL DERECHO	
Nivel	Normas
Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • Constitución • Tratado de derechos humanos

Primario	<ul style="list-style-type: none"> • Tratado • Ley • Decreto legislativo • Decreto de urgencia • Ley regional • Ordenanza municipal • Sentencia anulatoria del Tribunal Constitucional
Secundario	<ul style="list-style-type: none"> • Reglamento • Decreto regional • Edicto municipal • Sentencia anulatoria del Poder Judicial
Terciario	<ul style="list-style-type: none"> • Convenio colectivo • Reglamento interno de trabajo • Costumbre

2.2.1.3. Principales productos normativos y no normativos

2.2.1.3.1. Constitución

En este punto nos interesa abordar el tema de la Constitución como norma, centrándonos en las características que tiene la regulación del trabajo por la de 1993.

Antes, conviene precisar que la cuestión laboral ha estado presente en el constitucionalismo moderno. Pero mientras las Constituciones liberales se ocupaban sólo de la libertad de trabajo: derecho de decidir si se trabaja o no, en qué y para quién, las Constituciones sociales han tratado, además, el derecho al trabajo y los derechos en el trabajo; es decir, el acceso a un empleo en condiciones adecuadas. Ello es el lógico correlato del abandono de las tesis abstencionistas sobre el papel del Estado en la vida socioeconómica y la adopción de las tesis intervencionistas. Allí se produjo la extensión del catálogo de derechos: de sólo los civiles y políticos, a también los económicos, sociales y culturales. Nuestras

Constituciones del siglo XX, tienen todas -en grados muy diversos- este último signo (Neves Mujica 2007, p. 40).

Sobre la Constitución vigente, queremos resaltar dos cuestiones: cuál es la función que le otorga al trabajo en el contexto social y cómo regula los derechos y principios laborales.

El trabajo aparece en la Constitución como un deber y un derecho y como base del bienestar social y medio de realización personal (artículo 22 Const.). Asimismo, se señala que es objeto de protección por el Estado (artículo 23 const.). Estas expresiones poseen la mayor relevancia, porque muestran que nos encontramos ante un bien superior en el ordenamiento. Además pueden servir, de un lado, como fundamento del ejercicio de derechos (el derecho al trabajo como cobertura para defender el acceso y la conservación del empleo, por ejemplo) y, del otro, como clave interpretativa para el conjunto del articulado laboral y del texto constitucional (base sobre la cual, por ejemplo, puede sostenerse el reconocimiento de todos los principios del Derecho del Trabajo, originados en el carácter protector de éste, aunque no estén expresamente consagrados).

En cuanto a la regulación de los derechos laborales, debemos efectuar el análisis en el marco de los modelos que pueden identificarse en las Constituciones modernas en esta materia. Nos parece que hay cuatro opciones de referencia a un derecho por una Constitución: lo reconoce y detalla sus características centrales; lo reconoce, pero remite la precisión de sus características a la ley; no lo reconoce; y, lo prohíbe.

El primer tipo es el que la Constitución adopta cuando tiene el mayor interés en el respeto de un derecho, porque lo considera especialmente relevante. Deja, por tanto, al legislador un margen de desarrollo menor que los otros tipos. Está reservado para el núcleo de los derechos de un área. El segundo, corresponde a los derechos de importancia intermedia. Aquí el legislador tiene un campo de acción más amplio para regular el derecho. En el tercero, la libertad del legislador es total para decidir si reconoce o no el derecho y de qué manera. Sólo cabe, entonces, respecto de los derechos periféricos. Por último, el cuarto tipo, se emplea por excepción para excluir de un derecho a algunos sujetos o limitarlo en ciertas circunstancias (por ejemplo, los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía respecto de la sindicación y la huelga, y ésta misma cuando se produce en los servicios esenciales, respectivamente).

Muy vinculado con lo anterior, se encuentra la distinción entre los grados de preceptividad con que la Constitución puede reconocer un derecho. Aquí la doctrina identifica básicamente dos: la inmediata, cuando el texto constitucional es suficiente para accionar en defensa del derecho ante el organismo jurisdiccional, y la aplazada, cuando se requiere el desarrollo del derecho por el legislador o la adopción de políticas por el gobierno. La primera se da fundamentalmente en el tipo uno de los modelos señalados antes, mientras la segunda coincide más bien con el tipo dos.

Un concepto indispensable, en todo caso, para el posterior desarrollo del derecho constitucionalmente consagrado, es el de

contenido esencial. En virtud de éste, hay que determinar -siguiendo al Tribunal Constitucional español- los aspectos que permiten reconocer un derecho y los intereses para los que se ha establecido. El legislador puede moverse con libertad, pero debe respetar ese contenido esencial. Así, el legislador podría optar por una fórmula mínima de regulación de la huelga: sólo el cese total y continuo de labores, con abandono del centro de trabajo, en procura de fines profesionales, o por una máxima: cualquier alteración en la forma habitual de prestar el servicio, admitiendo también fines político-sociales; y estar ambas comprendidas, pese a sus diferencias, dentro del derecho de huelga, porque satisfacen su contenido esencial: una medida de presión, vinculada al cumplimiento de la prestación de trabajo, adoptada en el contexto de un conflicto con el empleador. El contenido esencial tendrá que ser determinado, en definitiva, por el Tribunal Constitucional.

Desde esta perspectiva, volvamos ahora a nuestra actual Constitución. Lo primero que debemos anotar es la ubicación del bloque de los derechos laborales, ya no entre los fundamentales sino entre los sociales y económicos. Sólo están entre aquéllos, la igualdad ante la ley y la no discriminación (numeral 2 del artículo 2), con aplicación por cierto no reservada al ámbito laboral; la sindicación, en el marco del derecho de constituir diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro (numeral 13 del artículo 2); y la libertad de trabajo (numeral 15 del artículo 2). Los demás se hallan en el segundo grupo. Esta distinción, sin embargo, es relativa

porque la fórmula abierta del artículo 3 puede llevar a comprender al conjunto de los derechos laborales entre los fundamentales y porque no incide sobre los mecanismos de tutela especial establecidos por la Constitución (el proceso de amparo, en concreto, puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de los derechos constitucionales y no sólo los que de ellos sean fundamentales). En lo que sí podría haber una consecuencia práctica de esta sustracción, sería en la hipótesis de un conflicto entre dos derechos constitucionales, uno fundamental y el otro no. En este caso, siguiendo la tesis de la ponderación entre los derechos en colisión, en función a su diferente valoración por la Constitución, podría afectarse más el segundo que el primero, evitando llegar a suprimirlo.

En cuanto a la regulación de los derechos, conviene reunirlos en dos grupos, en atención al criterio utilizado en doctrina: los específicos, ya sean individuales, ya sean colectivos; y, los inespecíficos. Los primeros son los otorgados al trabajador por su condición de tal; y los segundos, los reconocidos a toda persona y, por tanto, también a los trabajadores, cuando se ejercen en el marco de una relación laboral (Neves Mujica 2007, p. 42).

La Constitución no recoge todo el repertorio de derechos individuales vigentes, sino que más bien es selectiva. Como consecuencia, quedan fuera de mención algunas instituciones tradicionales en nuestro ordenamiento laboral, como las gratificaciones y la compensación por tiempo de servicios,

proclamadas por la Constitución anterior. Esto no quiere decir, naturalmente, que vayan a desaparecer, sino que en el futuro sólo subsistirán en la medida en que sean reguladas por otras normas, como ocurre ahora en ambos casos.

La Constitución sí se ocupa de tres temas que conforman el núcleo del Derecho Individual del Trabajo: la cuantía de la remuneración, la duración de la jornada y de los descansos, y la duración de la relación laboral.

En lo que respecta a la remuneración, no se abandona, pese a la perspectiva neoliberal que preside el texto, el concepto de remuneración mínima (artículo 24), producto por excelencia de la intervención niveladora del Estado sobre las desigualdades sociales. Aunque se suprime la referencia al reajuste periódico de aquélla.

La jornada ordinaria se fija en 8 horas diarias o 48 semanales, como máximo (artículo 25), permitiendo que se supere el primer tope si se respeta el segundo. El tiempo de trabajo que exceda de esas barreras debe, por tanto, tratarse como jornada extraordinaria. Correlativamente, se reitera en el mismo precepto, el derecho a los descansos remunerados, semanales y anuales.

Asimismo, se regula el despido, aunque en este caso con una redacción ambigua: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” (artículo 27). Creemos que este equívoco precepto debe ser entendido en el sentido de prohibir el despido injustificado, de un lado, pero permitir al legislador establecer el mecanismo de reparación que considere más adecuado

frente a él, del otro. De este modo, se estaría proclamando el carácter causal del despido -y simultáneamente la invalidez del despido libre-, aunque admitiendo que pueda optarse por ley entre un sistema de estabilidad absoluta, esto es, con reposición ante un despido injustificado (como en la Ley 24514), o relativa, es decir, con indemnización frente al mismo supuesto (como sucede en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, salvo en el llamado despido nulo). De ser así, como ocurre además generalizadamente en las normas internacionales y en el derecho comparado, el artículo nos parecería razonable en su regulación de una institución tan controvertida. La proscripción del despido injustificado emana, además, del artículo 22, que consagra el derecho al trabajo, en sus dos facetas: la de acceso y -la relevante para estos efectos- de conservación del empleo.

Con el abandono del término “estabilidad laboral”, según la doctrina comprende no sólo la regla de salida, consistente en la prohibición del despido injustificado, sino también la de entrada, plasmada en la preferencia por la contratación de duración indeterminada sobre la de duración temporal, habrá en el futuro más dificultades para sustentar la inconstitucionalidad de una eventual hipótesis de generalización de la contratación temporal.

En lo que se refiere a los derechos colectivos: sindicación, negociación colectiva y huelga, los tres han sido regulados en la Constitución en un único precepto (artículo 28). Dada la

interdependencia que la doctrina reconoce entre estas instituciones no pensamos que esta refundición constituya una cuestión esencial.

Lo preocupante de la nueva fórmula es su imprecisión, que afecta sobre todo a la sindicación y a la huelga. El Estado reconoce y garantiza la libertad sindical, dice la Constitución (numeral 1 del artículo 28). No proporciona ningún elemento de su ámbito objetivo, excluyendo del subjetivo a los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y los jueces y fiscales (artículos 42 y 153).

Para determinar el ámbito objetivo, el organismo legislativo y el jurisdiccional tendrán que acudir a la más clarificadora regulación establecida en los Convenios Internacionales del Trabajo 87 y 98, ambos aprobados y ratificados por el Perú, y en la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (abordamos este asunto con más detalle en el punto 2.3.2). De esta manera, queda comprendida en la institución tanto la libertad sindical individual como colectiva, de organización y de actividad, y su protección. En otras palabras, el derecho de los trabajadores a constituir, afiliarse y participar en las organizaciones sindicales, y el de éstas a dotarse de estatutos, elegir a sus representantes, desarrollar sus actividades, conformar entidades de grado superior y disolverse; todo ello sin injerencia del empleador, otras organizaciones sindicales o el Estado, y con la debida tutela de éste.

Para la Constitución la huelga debe ejercerse en armonía con el interés social, pudiendo el legislador señalar sus excepciones y limitaciones (numeral 3 del artículo 28). El propio texto proporciona una relación de funcionarios públicos que no quedan comprendidos en el derecho (artículos 42 y 153). No se señala a quién corresponde la titularidad del mismo, razón por la cual una futura ley puede atribuirle no sólo a los trabajadores sino también (o sustitutoriamente) a las organizaciones sindicales.

Respecto de los límites al derecho, nos hubiera parecido más conveniente utilizar la expresión de la Constitución española: “La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad” (numeral 2 del artículo 28). Ello no sólo porque los servicios esenciales son justamente el sector en que entran en colisión el derecho de los trabajadores a la huelga con otros derechos fundamentales de los usuarios, siendo por tanto una plasmación más concreta del interés social; sino porque de ese modo no se habría degradado un derecho constitucional al permitirle al legislador determinar sus excepciones y limitaciones, además de las expresamente establecidas en la Constitución misma.

En cuestión de negociación colectiva, la Constitución sí establece importantes caracteres (numeral 2 del artículo 28). En primer lugar, le encarga al Estado el fomento de esta institución, al estilo de los Convenios Internacionales del Trabajo 98 y 154 (el primero ratificado por nuestro país, como ya dijimos, y el segundo

no), lo que significa no sólo garantizar el derecho sino promover su desarrollo. En segundo lugar, sustituye la referencia a la intervención del Estado en la solución de los conflictos, por la búsqueda de diversas formas de solución pacífica, que resulta más acorde con la autonomía colectiva. Por último, reemplaza la frase “fuerza de ley para las partes” por la de “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”, como atributo del convenio colectivo.

En materia laboral la Constitución vigente ha convalidado la reforma radical del ordenamiento llevada a cabo desde inicios de la década del noventa, cuya perspectiva fue la de disminuir la regulación estatal dejando un espacio mayor a la autonomía privada. Por ello, el articulado laboral puede encasillarse básicamente en los tipos dos y tres de los modelos de tratamiento constitucional de los derechos que expusimos antes: reconocimiento y remisión, o no reconocimiento. Lo preocupante es que en esta fórmula poco garantizadora, se haya comprendido algunos derechos de los trabajadores que la doctrina conviene en considerar como integrantes del núcleo de los mismos: estabilidad laboral, sindicación y huelga.

De otro lado, los derechos inespecíficos tienen su sustento en el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución, conforme al cual: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Allí se brinda adecuada cobertura a los derechos de los trabajadores a la igualdad, a la intimidad, a la libertad de expresión, etc., de los

que no pueden ser privados por su empleador, ya que la ciudadanía no se pierde por su incorporación a la empresa.

Por último, una brevísima referencia a los principios del Derecho del Trabajo en la nueva Constitución. La situación de los principios es diferente de la de los derechos, porque aquéllos no requieren plasmación en el texto para disfrutar de reconocimiento. Su recepción por el ordenamiento puede servir más bien para concederles una riqueza mayor o menor.

El trabajo en las constituciones de 1979 y 1993

(Cuadro elaborado por Javier Neves Mujica 2007, pp. 46-47)

TEMA	CONSTITUCION 1979	CONSTITUCION 1993
Carácter protector	El trabajo es objeto de protección por el Estado (art. 42)	El trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al Impedido que trabaja (art. 23).
Remuneración	El trabajador tiene derecho a una Remuneración justa. Varones o mujeres tienen derecho a igual remuneración por trabajo igual. Las remuneraciones mínimas se reajustan periódicamente por el Estado con participación de las organizaciones de trabajadores y empleadores. (art. 43)	El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones de trabajadores y Empleadores. (art. 24)
Jornada	La jornada ordinaria es de 8 horas diarias y 48 horas semanales Todo trabajo realizado fuera de la jornada se remunera extraordinariamente. (Art. 44).	La jornada ordinaria es de 8 horas diarias o 48 horas semanales. En jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. (art. 25)

Estabilidad laboral	El trabajo es un derecho y un deber social. (art. 42) El Estado reconoce el derecho de Estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada.(art. 48)	El trabajo es un deber y un derecho.(art. 22) La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.(Art. 27).
Sindicación	El Estado reconoce el derecho de constituir sindicatos sin autorización previa, afiliarse o no a ellos, así como el derecho de los sindicatos a constituir organismos de grado superior, funcionar libremente y disolverse por acuerdo de sus miembros o resolución de la Corte Suprema. Los dirigentes gozan de garantías para el Desarrollo de sus funciones. (art. 51)	El Estado reconoce el derecho de sindicación. Cautela su ejercicio democrático. Garantiza la libertad sindical. (Art. 28.1).
Negociación colectiva		El Estado reconoce el derecho de negociación Colectiva. Cautela su Ejercicio democrático.

2.2.1.3.2. Tratado

Los tratados son -en palabras de Remiro Brotóns y otros (1997:181)- acuerdos escritos celebrados entre sujetos internacionales, que crean derechos y obligaciones regidos por el Derecho Internacional. Pueden celebrarse entre Estados, entre éstos y organizaciones internacionales o entre éstas, en forma bilateral o multilateral. Los primeros están regidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y, los demás, por la de 1986. También pueden consistir en decisiones adoptadas en el seno de organizaciones internacionales. Estos tratados están regulados por ambas Convenciones de Viena, en su artículo 5 común. Son productos normativos. Para que puedan regir en nuestro ordenamiento interno, se requiere su previa aprobación y ratificación

por los organismos correspondientes, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en los propios tratados. Nos interesa referirnos en este punto, primero, a la regulación de los derechos laborales por los tratados y luego, al modo cómo nuestra Constitución se ocupa de ellos (Neves Mujica 2007, p. 47).

Abordaremos primero los tratados producidos por las organizaciones internacionales. Podemos establecer una doble clasificación de éstos: por su ámbito, en mundiales o regionales (donde nos interesan los americanos), y por su contenido, en genéricos y específicos, según consagren indiferenciadamente derechos correspondientes a diversas áreas o se centren en alguno o algunos pertenecientes a un sector determinado.

A partir de esta entrada, los principales tratados de contenido genérico que regulan derechos laborales son los llamados instrumentos internacionales de derechos humanos. Los más importantes de éstos son - en el ámbito mundial - la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y los Pactos Internacionales (1966) de Derechos Civiles y Políticos, de un lado, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del otro; y -en el ámbito regional americano- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). Todos ellos están aprobados y ratificados por el Perú.

En todos los instrumentos internacionales mencionados -que son el núcleo sobre la materia- se encuentran comprendidos derechos laborales. Las Declaraciones suelen proclamarlos con poco detalle, simplemente enunciándolos, pero los Pactos y Convenciones sí los abordan con más precisión. El bloque de los derechos laborales está incorporado a los instrumentos internacionales orientados a los derechos económicos, sociales y culturales. Allí se hallan el derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones y remuneraciones equitativas y satisfactorias, al descanso, a la sindicación, etc. La libertad sindical aparece, además, entre los derechos civiles y políticos.

Pero hay también tratados de ámbito mundial y de contenido específico, que versan solamente sobre derechos laborales (y Seguridad Social): son los convenios internacionales del trabajo, producidos por la Organización Internacional del Trabajo. Desde 1919 en que fue creada esta entidad, la Conferencia Internacional del Trabajo -que es su órgano máximo- compuesta por representantes de Estados y de organizaciones de trabajadores y de empleadores, viene elaborando estas normas sobre los derechos más importantes de los trabajadores (libertad de trabajo, igualdad de oportunidades y de trato, salarios mínimos, protección de los salarios, jornadas de trabajo y descansos, seguridad e higiene en el trabajo, trabajo de mujeres, menores y trabajadores de edad, libertad sindical, etc.) y otros aspectos de la cuestión laboral (empleo, administración del

trabajo, relaciones profesionales, etc.). El Perú ha aprobado y ratificado más de un tercio de dichas normas.

Nos parece que estos convenios internacionales del trabajo, los cuales -en su mayoría- desarrollan derechos laborales antes regulados con menos detalle por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, deben calificarse también como tales. De este modo, el tratamiento que brinda nuestra Constitución a los tratados sobre derechos humanos - del cual nos ocuparemos más adelante- se hace extensivo a los convenios internacionales del trabajo (Neves Mujica 2007, p. 49).

En lo que respecta a los tratados celebrados entre Estados, también en ellos se aborda la cuestión laboral. El marco en el que se produjo este fenómeno fue, en un primer momento, el de los acuerdos regionales de integración económica. Allí se trataba básicamente de proteger al trabajador migrante en la conservación de sus beneficios, cuando se desplazara a prestar servicios entre un Estado y otro. Pero también se buscaba armonizar las legislaciones laborales nacionales para evitar la existencia de ventajas indebidas de un Estado sobre los demás en el plano de las relaciones comerciales, derivadas de un tratamiento desigual de los derechos de los trabajadores. Estas son las llamadas cláusulas sociales, que en el contexto de la globalización económica son actualmente una exigencia no sólo de los repotenciados tratados regionales de integración, sino además del comercio mundial liberalizado. En el seno de la Organización Mundial del Comercio, organismo rector de

estas operaciones, no se ha dado todavía el consenso necesario para la adopción de una cláusula social, que establezca la relación de derechos laborales de vigencia indispensable para el desarrollo del libre comercio mundial, pero se ha asumido el compromiso de respetar las normas laborales internacionales, en coordinación con la Organización Internacional del Trabajo. La preocupación de ésta sobre la dimensión social de la liberalización del comercio internacional, la llevó a emitir por su Conferencia Internacional del Trabajo reunida en junio de 1998, una Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, conforme a la cual todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios sobre derechos fundamentales, tienen el compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la organización internacional de respetar, promover y hacer realidad los siguientes derechos: libertad de asociación y libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; abolición efectiva del trabajo infantil; y eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (punto 2). Se añade que las normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de esta Declaración. Finalmente, se dispone que se hará un seguimiento de la Declaración a través de memorias presentadas por los Estados e informes de la organización internacional.

Sobre la regulación de los tratados por nuestra Constitución, queremos referirnos a la competencia y la jerarquía. La primera cuestión alude al organismo al que le corresponde la aprobación y ratificación o denuncia de un tratado en nuestro ordenamiento, es decir, la recepción o expulsión de esa norma internacional por nuestro derecho interno. La Constitución le reserva al Congreso la atribución de aprobar y denunciar los tratados relativos a ciertas materias taxativamente enumeradas y le concede la de las demás al Presidente de la República (artículos 56 y 57). La ratificación es siempre potestad del Presidente de la República. El Congreso opera frente a la aprobación o denuncia a través de una resolución legislativa y el Presidente de la República lo hace en caso de aprobación, ratificación o denuncia mediante un decreto supremo. Así lo ordena la Ley 26647, que establece las normas y regula los actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados, en su artículo 2.

Entre las materias en las que el Congreso debe aprobar y denunciar los tratados están las referidas a derechos humanos, así como las que conllevan modificación o derogación de leyes o requieran desarrollo legislativo. Como los tratados sobre derechos laborales están en el primer grupo -por lo antes expuesto- y eventualmente también en los siguientes, su aprobación o denuncia en nuestro medio compete al Congreso.

Sobre el rango de los tratados, la actual Constitución no es precisamente clara. Al ocuparse de ellos -en el Capítulo

correspondiente-no señala directamente cuál es su ubicación en la jerarquía, pero sí lo hace en vía indirecta al mencionarlos entre las normas cuya validez se controla mediante la acción de inconstitucionalidad (numeral 4 del artículo 200). Les otorga, por tanto, nivel primario.

Sin embargo, consideramos posible establecer diferencias en la jerarquía que nuestro ordenamiento le atribuye a los tratados. Esto nos lleva a dos cuestiones: si los tratados de derechos humanos tienen el mismo nivel que los demás, y si los aprobados por el Congreso se ubican en idéntico subnivel que los aprobados por el Presidente de la República.

Sobre la primera, pensamos que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. La base normativa de esta asignación, se encuentra, de un lado, en el artículo 3 de la Constitución, que contiene la llamada cláusula de los derechos implícitos: la enumeración de derechos fundamentales hecha por el artículo 2, se amplía con otros similares proclamados por la Constitución o los tratados sobre derechos humanos; y, del otro, en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución: los preceptos constitucionales que reconocen derechos y libertades se interpretan de conformidad con los tratados sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Esta última fórmula ha sido recogida del numeral 2 del artículo 10 de la Constitución española, de donde había pasado, primero, al artículo 15 de la Ley 25398, modificatoria de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y, luego, al artículo V del

Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (Neves Mujica 2007, p. 50).

La hipótesis de operación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria es la siguiente: un precepto constitucional reconoce un derecho, el mismo que también es regulado por un tratado sobre derechos humanos aprobado y ratificado, siendo ambas normas compatibles; en tal caso, para establecer el sentido del primero es indispensable acudir al segundo. Surge así una vinculación intensa entre la Constitución y el tratado, que forma un bloque entre ellos para fines hermenéuticos. Esta situación equivale desde nuestro punto de vista a una constitucionalización de dichos tratados. Será posible, por tanto, interponer una acción de inconstitucionalidad contra una ley que transgreda la regulación de un derecho consagrado simultáneamente por la Constitución y un tratado, por infracción de aspectos no contenidos en la primera pero sí en el segundo. El bloque se extiende, en nuestra opinión, no sólo al texto del tratado sino también a la jurisprudencia que sobre él ha nacido de los órganos de control de la organización internacional que lo produjo. Si se acudiera únicamente al tratado y no a la jurisprudencia, el organismo jurisdiccional de cada país podría darle al primero un significado particular, con lo que un mismo texto tendría lecturas distintas en los diversos Estados suscriptores. En esta línea, el Código Procesal Constitucional precisa que, para interpretar los preceptos constitucionales referidos a derechos de la persona, debe utilizarse, además de los instrumentos internacionales sobre

derechos humanos, las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales correspondientes (artículo V del Título Preliminar).

Un caso que muestra la gran relevancia otorgada por la Constitución a los tratados sobre derechos humanos es el de la libertad sindical. El artículo 28.1 de la Constitución no puede ser más escueto: no se sabe qué garantiza ni a quién. Pero como en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, aquel precepto debe ser leído conjuntamente con los tratados sobre la materia ratificados por el Perú, tenemos que utilizar los Convenios Internacionales del Trabajo 87 y 98, así como la jurisprudencia sobre ellos emanada de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración (que son los órganos de control) de la Organización Internacional del Trabajo, que enriquecen notablemente su contenido.

El último asunto pendiente, es el del rango de los tratados aprobados por el Congreso y por el Presidente de la República. Pensamos que dada la mayor importancia de las materias conferidas al primero, así como el nivel más alto de la norma de que dispone para la aprobación, debe reconocerse a aquéllos un subnivel superior respecto de éstos, todos dentro del nivel primario.

Para efectos de las relaciones entre los tratados y las normas nacionales, Aquí queremos adelantar sólo que en caso de concurrencia conflictiva, un tratado de cualquier materia, prevalece sobre una norma nacional, cualquiera fuera su rango, excepto en el

campo de los derechos humanos, en el que debería preferirse la norma nacional si fuera más favorable. Y, en caso de concurrencia no conflictiva, ambas normas se aplican a la vez. El ensamblaje previsto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución es justamente de este tipo.

Convenios internacionales del trabajo aprobados y ratificados por el Perú.

(Cuadro elaborado por Javier Neves Mujica 2007, pp. 52-55)

CONV.	MATERIA Y FECHA	APROBACION	
		Res. Leg.	Fecha
1	Horas de trabajo (industria)	10195	23-03-1919
4	Trabajo nocturno (mujeres)	10195	23-03-1919
8	Indemnización de desempleo (naufragio)	14033	24-02-1920
9	Colocación de la gente de mar	14033	24-02-1920
10	Edad mínima (agricultura)	13284	15-12-1921
11	Derecho de asociación (agricultura)	10195	23-03-1921
12	Indemnización por accidentes de trabajo (agricultura)	14033	24-02-1921
14	Descanso semanal (industria)	10195	23-03-1921
19	Igualdad de trato (accidentes del trabajo)	10195	23-03-1925
20	Trabajo nocturno (panaderías)	14033	24-02-1925
22	Enrolamiento de la gente de mar	14033	24-02-1926
23	Repatriación de la gente de mar	14033	24-02-1926
24	Seguro de enfermedad (industria)	10195	23-03-1927
25	Seguro de enfermedad (agricultura)	13284	15-12-1927
26	Métodos para la fijación de salarios mínimos	14033	24-02-1928
27	Indicación del peso en los fardos transportados por barco	14033	24-02-1929
29	Trabajo forzoso	13284	15-12-1930
32	Protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado)	14033	24-02-1932
34	Agencias retribuidas de colocación	14033	24-02-1933
35	Seguro de vejez (industria, etc.)	10195	23-03-1933
36	Seguro de vejez (agricultura)	13284	15-12-1933
37	Seguro de invalidez (industria, etc.)	10195	23-03-1933
38	Seguro de invalidez (agricultura)	13284	15-12-1933
39	Seguro de muerte (industria, etc.)	10195	23-03-1933
40	Seguro de muerte (agricultura)	13284	15-12-1933
41	Trabajo nocturno (mujeres)	10195	23-03-1934
44	Desempleo	14033	24-02-1934

45	Trabajos subterráneos (mujeres)	10195	23-03-1935
52	Vacaciones pagadas	13284	15-12-1936
53	Certificados de capacidad de los oficiales	14033	24-02-1936
55	Obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidente de la gente de mar	14033	24-02-1936
56	Seguro de enfermedad de la gente de mar	14033	24-02-1936
58	Edad mínima (trabajo marítimo)	14033	24-02-1936
59	Edad mínima (industria) (revisado)	14033	24-02-1937
62	Prescripciones de seguridad (edificación),	14033	24-02-1937
67	Horas de trabajo y descanso (transporte por carretera)	14033	24-02-1939
68	Alimentación y servicio de fonda (tripulación de buques)	14033	24-02-1946
69	Certificado de aptitud de los cocineros de buque	14033	24-02-1942
70	Seguridad social de la gente de mar	14033	24-02-1946
71	Pensiones de la gente de mar	14033	24-02-1946
73	Examen médico de la gente de mar,	14033	24-02-1946
77	Examen médico de los menores (industria)	14033	24-02-1946
78	Examen médico de los menores (trabajos no industriales)	14033	24-02-1946
79	Trabajo nocturno de los menores (trabajos no industriales)	14033	24-02-1946
80	Revisión de los artículos finales	14033	24-02-1946
81	Inspección del trabajo	13284	15-12-1947
87	Libertad sindical y protección del derecho de sindicación	13284	15-12-1948
88	Servicio del empleo	14007	09-02-1948
90	Trabajo nocturno de los menores (industria)	14033	24-02-1948
98	Derecho de sindicación y de negociación colectiva	14712	18-11-1949
99	Métodos para la fijación de salarios mínimos(agricultura)	13284	15-12-1951
100	Igualdad de remuneración	13284	15-12-1951
101	Vacaciones pagadas (agricultura)	13284	15-12-1952
102	Seguridad social (norma mínima)	13284	15-12-1952
105	Abolición del trabajo forzoso	13467	19-11-1957
106	Descanso semanal (comercio y oficinas)	24822	25-05-1957
107	Poblaciones indígenas y tribuales	13467	19-11-1957
111	Discriminación (empleo y ocupación)	17687	06-06-1958
112	Edad mínima (pescadores)	14033	24-02-1959
113	Examen médico de los pescadores	14033	24-02-1959
114	Contrato de enrolamiento de los pescadores	14033	24-02-1959
122	Política del empleo	16588	17-06-1964
127	Peso máximo	29008	26-04-1967
138	Edad mínima	27453	11-05-1973
139	Cáncer profesional	21601	31-08-1974
144	Consulta tripartita	D.S.035-2004-RE	25-05-1976
147	Marina mercante (normas mínimas)	24951	06-12-1976
151	Relaciones de trabajo en la administración pública	Const. 1979	12-07-1978
152	Seguridad e higiene (trabajos portuarios)	24668	19-05-1979

156	Trabajadores con responsabilidades familiares	24508	28-05-1981
159	Readaptación profesional y empleo (para personas inválidas)	24509	28-05-1983
169	Pueblos indígenas y tribales	26253	06-12-1989
176	Seguridad y salud en las minas	29012	30-04-1995
178	Inspección de trabajo (gente de mar)	28180	23-02-1996
182	Peores formas de trabajo infantil	27453	11-10-1999

2.2.1.3.3. Ley y otras normas estatales.

a) Ley y reglamento

Comúnmente los preceptos constitucionales que reconocen derechos requieren de un posterior desarrollo normativo (sobre todo los proclamados con efectividad aplazada, pero incluso aquellos formulados con efectividad inmediata). La forma jurídica estatal idónea para tal regulación es la ley. La intervención directa del reglamento está excluida y será admitida sólo previa ley necesitada de precisiones.

Toda vez que la Constitución establece un derecho, su regulación tiene para el legislador carácter abierto, razón por la cual éste puede moverse libremente entre un mínimo y un máximo, siempre que respete el contenido. En otras palabras, el legislador dispone de una amplia franja de posibilidades de regulación del derecho constitucional, dentro de la cual puede elegir la opción más próxima a sus concepciones jurídicas y sociales.

El reglamento, en cambio, tiene que limitarse a ejecutar los aspectos de detalle que exija la regulación previamente adoptada por la ley.

En la Constitución, la potestad del Congreso de dar, interpretar, modificar o derogar leyes se encuentra en el numeral 1

del artículo 102, y la del Presidente de la República de dictar reglamentos, en el numeral 8 del artículo 118.

El ordenamiento laboral en el Perú ha tenido tradicionalmente, desde el punto de vista formal, como características básicas, de un lado, su plasmación mediante decretos supremos y otros productos de nivel inferior emanados del Poder Ejecutivo, y del otro, su dispersión en multitud de normas, que producían vacíos y contradicciones y dificultaban el acceso de los interesados a la legislación. Estos rasgos han sido significativamente superados a través de la reforma laboral llevada a cabo en los últimos años.

Ahora las normas que regulan los derechos laborales son leyes o tienen el nivel de éstas (decretos legislativos y, excepcionalmente, decretos leyes) y el número de disposiciones es mucho menor que antes. De este modo, la coherencia y el conocimiento del ordenamiento laboral se ha facilitado, aunque no tengamos aún un Código del Trabajo, con ése u otro nombre, como todos los países de nuestra región (salvo Argentina y Uruguay). Lo cierto es que se ha avanzado en esa dirección por tramos, y hoy las relaciones individuales de trabajo están reguladas en una docena de decretos legislativos y las colectivas por un único decreto ley. La dación de la Ley General de Trabajo, que se debate en el Congreso de la República, significaría la culminación de este proceso de consolidación.

Naturalmente, al hablar de ley en este punto, estamos pensando en la ley nacional, pero puede resultar aplicable a un hecho una ley extranjera, cuando sea la pertinente conforme a un tratado o a una ley nacional. Esto es lo que puede ocurrir en el caso de las relaciones laborales internacionales.

b) Decreto legislativo y decreto de urgencia.

Los decretos legislativos y los decretos de urgencia son dos tipos normativos que puede utilizar excepcionalmente el Presidente de la República, aprobados con acuerdo del Consejo de Ministros, según el numeral 2 del artículo 125 de la Constitución. Los primeros previa ley autoritativa del Congreso (salvo en la hipótesis prevista en el artículo 80 de la Constitución para la aprobación de la Ley de Presupuesto), y los segundos ante una urgente y extraordinaria necesidad. Aquéllos son normas permanentes y éstos, temporales. Veamos enseguida en qué nivel y subnivel de la jerarquía se encuentran y cuáles son las materias que pueden abordarse por ellos.

La referencia al rango de los decretos legislativos es indirecta en la Constitución. No se establece en el artículo 104, que regula la facultad legislativa delegada, e inexplicablemente ningún inciso del artículo 118, relativo a las atribuciones del Presidente de la República, menciona los decretos legislativos. Pero puede concluirse que tienen nivel primario, tanto de la alusión a que sus efectos son iguales a los de las leyes (artículo 104), como de la vía prevista para

su impugnación, que es el proceso de inconstitucionalidad (numeral 4 del artículo 200). En el caso de los decretos de urgencia, la atribución de nivel primario es expresa en la Constitución (numeral 19 del artículo 118). El subnivel de ambas normas es el de la ley misma, a la cual pueden modificar o derogar, en el primer caso, o suspender, en el segundo.

En cuanto a las materias que pueden ser objeto de estas normas, nos interesa determinar si entre ellas se encuentra la laboral. Respecto de los decretos legislativos parece no haber dificultad en considerarla comprendida. La Constitución excluye de la facultad legislativa delegada únicamente las materias que son a su vez indelegables a la Comisión Permanente (artículo 104), taxativamente enumeradas en el numeral 4 del artículo 101: reforma constitucional, aprobación de tratados, leyes orgánicas, Ley de Presupuesto y Ley de la Cuenta General de la República. Sólo en la medida en que una cuestión laboral estuviera incurso en uno de estos supuestos, no podría autorizarse al Presidente de la República a regularla por decreto legislativo (Neves Mujica 2007, pp. 56-57).

El tema es más complejo en el caso de los decretos de urgencia. La Constitución dispone que caben en materia económica y financiera (numeral 19 del artículo 118) -excepto en la situación de disolución del Congreso, en la que podrían regular cualquier materia (artículo 135)- prohibiendo expresamente que se refieran a tributación (artículo 74). Debemos preguntarnos entonces si la

regulación de los derechos laborales es -siempre, a veces o nunca- materia económica y financiera.

Pensamos que el marco en el que debe plantearse la pregunta, es el del ejercicio de una potestad excepcional conferida por la Constitución al Presidente de la República. De este modo, la lectura de las materias sobre las que puede recaer el desempeño de tal potestad debe ser estricta. En esta perspectiva, pese a que los conceptos empleados por la Constitución -materia económica y financiera- tienen alcances amplios, deben restringirse a lo indispensable. Así lo entendió nuestra doctrina, que en vía de interpretación de la Constitución de 1979, limitó la existencia de los decretos de urgencia al campo del endeudamiento, la tributación y el presupuesto; y, coincidentemente, la Ley 25397, de Control Parlamentario sobre los Actos Normativos del Presidente de la República, cuyo artículo 4, guardaba plena coincidencia con lo anterior.

El espacio en el que pueden desenvolverse, pues, los decretos de urgencia afectando derechos laborales es el del presupuesto. Por consiguiente, la situación de los trabajadores cuyos derechos no pasan por las normas sobre presupuesto, como es el caso de los que prestan servicios para un empleador particular sujetos al régimen laboral de la actividad privada, no puede regularse por decreto de urgencia; aunque sí, la de los empleados públicos, quienes laboran para el Estado sometidos a ese régimen especial. Es claro que, en

todo caso, los únicos derechos que pueden afectarse son los de contenido netamente económico.

La figura incierta es la del sector intermedio, de trabajadores cuyo empleador es el Estado, pero que están sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Aquí tenemos que atenernos a si las remuneraciones y otros beneficios se pagan con recursos propios de la entidad o son proporcionados por el Estado. En el primer caso, no comprometen al presupuesto y en el segundo sí.

De cualquier manera, la secuencia de utilización correcta de un decreto de urgencia en materia laboral tendría que ser la siguiente: la Ley de Presupuesto u otra conexas regula los derechos económicos de los trabajadores del Estado; una emergencia económica impide la ejecución de dicha ley como estaba prevista; entonces el Presidente de la República dicta un decreto de urgencia suspendiendo algún precepto de la ley y sustituyendo temporalmente su regulación por la de aquél.

Como puede verse, en ningún supuesto queda admitida la intervención de los decretos de urgencia, si los derechos laborales que van a afectarse no nacieron de las normas sobre presupuesto sino de convenios colectivos. La razón no es el rango, porque el de los decretos de urgencia es mayor que el de los convenios colectivos, sino que éstos son el producto de la negociación colectiva, que es un derecho reconocido por la Constitución. Asimismo, ello no es válido, porque de suscitarse, entonces ya no estamos ante la afectación de las normas sobre presupuesto ni, por tanto, frente a una materia

económica y financiera. La inconstitucionalidad de esta hipótesis es, pues, por ambos lados, flagrante.

2.2.1.3.4. Convenio colectivo.

El convenio colectivo es la fuente por excelencia del Derecho del Trabajo. Por eso en este punto vamos a detenernos en estudiarlo como tal. Sin embargo, dado que el convenio colectivo es el producto de una negociación colectiva, llevada a cabo por unos sujetos laborales colectivos, tendremos que hacer también referencias al procedimiento y al productor, en tanto resulten necesarias para cumplir nuestro objetivo. Los temas de los que vamos a ocuparnos - y el orden- son los siguientes: los diversos tipos de productos, su naturaleza jurídica, su nivel y subnivel, su eficacia personal, su ámbito de aplicación, su contenido, su vigencia en el tiempo, su interpretación y los medios de control de su validez (Neves Mujica 2007, p. 58).

La negociación colectiva puede arribar a un acuerdo entre las partes, producido entre ellas mismas (negociación directa) o requerir el auxilio de una persona o entidad, que o bien intente aproximar las posiciones en discordia (intervención de tercero no dirimente: conciliación y mediación), o bien resuelva el conflicto en sustitución de ellas (intervención de tercero dirimente: arbitraje). Sólo en este último caso, el producto será un laudo arbitral, mientras en todos los anteriores será un convenio colectivo. Nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, dispone en su artículo 70, que cualquiera sea

el producto, tiene la misma naturaleza y surte los mismos efectos. Pero también puede suceder que excepcionalmente la negociación colectiva no conduzca a ningún resultado, hipótesis en la cual careceríamos de un producto. El convenio colectivo -según una tesis tradicional en la doctrina, objeto de múltiples cuestionamientos, pero finalmente de extendida aceptación- tiene naturaleza dual: una parte normativa y otra obligacional. Es posible identificar una tercera, llamada por nuestro ordenamiento delimitador (artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). La primera parte establece derechos y obligaciones para los trabajadores comprendidos, cuya titularidad es individual; la segunda, lo hace para los propios sujetos pactantes, generando derechos y obligaciones de titularidad colectiva; y la tercera, determina las reglas para la aplicación del convenio colectivo mismo. Son así cláusulas normativas las que se refieren a las remuneraciones, bonificaciones, jornadas, horarios, descansos, beneficios sociales, etc.; obligacionales, las que otorgan facilidades al sindicato para el desarrollo de sus actividades, como la concesión de un local, o establecen comisiones para la administración del convenio colectivo; y delimitadoras, las que disponen para quiénes rige, en qué ámbito, desde cuándo y hasta cuándo. Por excepción, se considera también como normativas las cláusulas que regulan la articulación de negociaciones colectivas o la concurrencia de convenios colectivos de diversos niveles. Sobre la parte normativa, que constituye desde luego una fuente del derecho, es que vamos a

formular el análisis de los puntos siguientes (Neves Mujica 2007, p. 58).

Esta naturaleza dual está proclamada en nuestro ordenamiento a través de la atribución de fuerza vinculante a los convenios colectivos, primero por el artículo 42 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (complementado por el artículo 28 del Reglamento) y luego por el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución. La fórmula fue tomada del numeral 1 del artículo 37 de la Constitución española. Nuestra legislación establece que el convenio colectivo obliga a las partes que lo adoptaron (cláusulas obligacionales) y a las personas en cuyo nombre se celebró, les sea aplicable o se incorporen con posterioridad (cláusulas normativas).

La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo añade explícitamente dos rasgos fundamentales derivados de la naturaleza normativa del convenio colectivo: que modifica automáticamente las relaciones individuales de trabajo, sin necesidad de que éstas se acojan a aquél, y que constituye derecho necesario relativo para los contratos de trabajo, impedidos de establecer beneficios menores [inciso a) del artículo 43].

Los convenios colectivos, así como los productos sustitutorios, se registran en las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo correspondientes, lo que les confiere publicidad. Los de rama de actividad o gremio, sin embargo, deben publicarse en el diario oficial y en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por disposición de la Resolución

Ministerial 290-2006-TR, modificada por la Resolución Ministerial 314-2006-TR.

En cuanto a su rango, los convenios colectivos tuvieron nivel primario en el marco de la Constitución de 1979. A esta conclusión arribó nuestra doctrina, en vía de interpretación sistemática de la expresión

“fuerza de ley para las partes”, empleada por la Constitución anterior otras dos veces con ese sentido: decretos legislativos y reglamentos del Congreso y de las Cámaras. No podía dejar de admitirse, sin embargo, la supremacía de la ley, ubicada en un subnivel superior, a la cual le corresponde regular -sin desnaturalizar- la autonomía privada.

Ahora la Constitución vigente no atribuye un nivel al convenio colectivo. La expresión “fuerza vinculante”, con la que se sustituye a la anterior (“fuerza de ley para las partes”), alude como vimos a la naturaleza dual del convenio colectivo, pero no conlleva referencia alguna a su rango. Tampoco la ley cumple ese papel. Por tanto, los convenios colectivos en cuestión de jerarquía han quedado flotando en el sistema de fuentes del derecho. Una ley en el futuro deberá otorgarles un nivel, que ya no podrá ser el primario, por cuanto éste sólo puede concederlo la propia Constitución y una norma no puede conferir a otra su mismo rango. En tanto este vacío se llene, si nos atenemos al esquema doctrinario, debe asignárseles el nivel terciario, correspondiente a las normas emanadas de la autonomía privada, pero por cierto en el primer subnivel.

No nos parece que el descenso del convenio colectivo en la jerarquía tenga efectos sobre la posibilidad de intervención del Estado en la autonomía colectiva. Conforme al ordenamiento anterior, como ya dijimos, los convenios colectivos tenían nivel primario. Nuestra jurisprudencia sostuvo que no era admisible, por tanto, su afectación por normas del Estado (leyes o decretos de urgencia), que tenían el mismo rango. Pensamos que ese argumento no era apropiado para lograr ese propósito, porque el subnivel de las normas estatales era superior y, en todo caso, por ser posteriores podrían modificar a la anterior. En igual sentido, no creemos que con la rebaja de nivel operada en el ordenamiento actual, se permita tal afectación. En nuestro concepto, no se trata de una cuestión de rango de las normas en juego, sino de respeto del derecho de negociación colectiva, protegido por la Constitución (numeral 2 del artículo 28) y por el Convenio Internacional del Trabajo 98 (artículo 4). Es claro que para las normas de la Organización Internacional del Trabajo, los convenios colectivos no tienen ubicación expresa en un nivel del sistema de fuentes del derecho y, sin embargo, la jurisprudencia de sus órganos de control proscribió las restricciones del Estado a la autonomía colectiva. Más adelante, a propósito del contenido negocial, volveremos sobre esto.

Cuestión distinta es la de si todos los convenios colectivos poseen el mismo subnivel o no. Este asunto se plantea porque si bien todos tienen su origen en la Constitución, sólo el que se produce conforme a las pautas establecidas en la ley de desarrollo, cuenta con

una regulación especial, que lo dota de mayores garantías. Se trata de determinar si esta situación pueda tener efectos sobre el subnivel del convenio colectivo, confiriéndole uno menor al del primer tipo, que llamaremos convenio colectivo extraordinario, que al del segundo, considerado como ordinario (Neves Mujica 2007, p. 60).

Pensamos que todos los convenios colectivos, los ordinarios y los extraordinarios tienen las características que surgen de la Constitución misma, como por ejemplo, la fuerza vinculante, pero no necesariamente las que derivan de la ley. De este modo, los criterios de determinación de la eficacia personal general del convenio colectivo ordinario - que veremos en el párrafo siguiente - no se extienden al extraordinario. Lo mismo podría suceder con el subnivel, si éste estuviera regulado por la ley, que podría ser más alto para el primero que para el segundo. Pero como nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no se ocupa de esta cuestión, no hay razón para atribuirles rangos diversos.

Respecto de la eficacia personal, esto es, los trabajadores del ámbito respectivo a quienes se aplica, el convenio colectivo puede tenerla general, si rige para todos, los afiliados o no a la organización sindical que lo suscribe, o limitada, si rige sólo para los afiliados a dicha organización sindical. Para que un convenio colectivo tenga eficacia personal general se requiere que la organización sindical pactante posea legitimidad negociadora, que es la aptitud específica para celebrar convenios colectivos de ese alcance y se adquiere en nuestro ordenamiento cuando se afilia a la mayoría absoluta de trabajadores

del ámbito en el que se desarrolla la negociación y al cual se aplicará el convenio (artículos 9 y 46 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y artículo 4 de su Reglamento). Como toda organización sindical tiene capacidad negociadora, entendida como la aptitud genérica para celebrar convenios colectivos, si aquélla es minoritaria puede celebrarlos sólo con eficacia personal limitada.

Todo esto resulta de que dentro de un ámbito determinado (en nuestro ordenamiento: la categoría, el establecimiento, la empresa, el gremio y la rama de actividad), puede haber una o varias organizaciones sindicales y ser éstas mayoritarias o minoritarias, atendiendo a la cantidad de afiliados en relación al número de trabajadores del respectivo ámbito.

A propósito de los ámbitos de la negociación y del convenio, puede haber uno único, como sucede en nuestro país y es casi siempre el de empresa (o unidades menores, como la categoría o el establecimiento), o dos a la vez, que son comúnmente (como admite nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en su artículo 45, y ocurre en el derecho comparado), la empresa y la rama de actividad. De este modo, habrá varias negociaciones colectivas en la rama de actividad, una a nivel de ésta y otras a nivel de cada empresa que la integra, y dos convenios colectivos aplicables para los trabajadores de una empresa, el específico de su empresa y el genérico de la rama de actividad.

En estos casos, puede suceder que las negociaciones colectivas estén vinculadas o desvinculadas. En el primer supuesto,

se han repartido materias o funciones que corresponde abordar o cumplir a cada una, de modo que no pueden surgir concurrencias conflictivas entre los convenios colectivos resultantes. Por ejemplo, el convenio de rama de actividad regula los beneficios laborales y los de empresa los económicos, o el primero establece el beneficio y los últimos fijan su fecha y monto de percepción. En el segundo supuesto, cada negociación colectiva es competente para tratar todos los asuntos. En los hechos puede suceder o no que haya regulación de la misma materia por el convenio colectivo de rama de actividad y el de empresa. Si esto no ocurre, estaremos en una situación similar a la anterior. Si ocurre, en cambio, puede suscitarse una concurrencia conflictiva o no conflictiva, porque no necesariamente la abordarán de modo incompatible. Sólo si hubiera conflicto tendríamos que acudir a los criterios de selección del convenio colectivo aplicable.

Conforme a nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo el supuesto mismo de negociación colectiva a doble nivel a la vez, es muy difícil de llevarse a cabo, porque hay muchas trabas para la negociación colectiva a nivel de rama de actividad. Más allá de ello, la regulación de esta cuestión es deficiente en la ley, puesto que, de un lado, ordena la articulación entre ambas negociaciones colectivas (decisión que según la Organización Internacional del Trabajo es recomendable, pero compete tomarla a la autonomía colectiva), confiriéndole a la de nivel de rama de actividad la prerrogativa de organizarla, y del otro, prevé la hipótesis de conflicto, que está

descartada entre convenios colectivos coordinados, como los que surgen de una negociación colectiva articulada.

Sobre el contenido de la negociación colectiva, que luego formará parte del convenio colectivo, éste puede versar sobre cualquier materia que interese a las partes o a sus relaciones, del modo más amplio posible. Como ya vimos, los derechos y obligaciones de los trabajadores comprendidos integran la parte normativa, los de los propios sujetos pactantes, la parte obligacional, y las reglas sobre la vigencia del convenio colectivo, su parte delimitadora.

Dado que la autonomía colectiva está sujeta a la legalidad, ésta puede encauzar la regulación de algunas materias por aquélla. Retomamos la idea que hemos expuesto en el punto 2.1, de que la norma estatal puede configurarse frente a la autonomía colectiva como derecho dispositivo, derecho necesario relativo, máximo de derecho necesario o derecho necesario absoluto, según le deje o no un margen y cuál sea el grado de éste. Pero, como la autonomía colectiva está garantizada por la Constitución, la ley no puede establecer restricciones que la desnaturalicen. Entonces veamos cuáles limitaciones son válidas y cuáles no.

Nos parece que las exclusiones a la autonomía colectiva dispuestas por ley, pueden clasificarse en parciales -de mínimos o de Máximos- y totales. La exclusión parcial permite un margen de desenvolvimiento a la autonomía colectiva, aunque orientado en una única dirección: la de mínimos, admite convenios colectivos de

mejora de los pisos establecidos legalmente (derecho necesario relativo), y la de máximos, los admite siempre que no excedan de un techo impuesto legalmente (máximo de derecho necesario). La exclusión total veda la presencia de la autonomía colectiva, en cualquier dirección (derecho necesario absoluto). Mientras la primera encuentra su fundamento en la desventaja material del trabajador frente al empleador y es un instrumento de compensación jurídica de aquélla -y, por tanto, guarda estrecha coherencia con la lógica protectora del Derecho del Trabajo-, las últimas tutelan otros intereses públicos o sociales, con los que la autonomía colectiva pudiera eventualmente entrar en conflicto. Tienen, pues, un carácter excepcional.

En la experiencia nacional y comparada, las exclusiones parciales de máximos y las totales, se han producido en el marco de la ejecución de programas de estabilización dirigidos a frenar los efectos inflacionarios de una crisis económica. Aquí podrían entrar en colisión valores diversos, todos constitucionalmente consagrados: la calidad de vida de la población, de un lado, y la autonomía colectiva, del otro. No podría, por tanto, uno de ellos imponerse absolutamente sobre el otro.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, en su importante jurisprudencia sobre esta cuestión, aceptan las

restricciones pero sujetas a severas condiciones. Los criterios centrales son los siguientes:

1. No cabe la imposición por el Estado de restricciones a los convenios colectivos ya celebrados, los que deben ejecutarse conforme a sus términos, salvo acuerdo de las partes en sentido diferente;
2. En lo que se refiere a las futuras negociaciones colectivas, medidas de esta naturaleza no deben resultar de la imposición por el Estado sino de la concertación entre las partes y aquél; y
3. Las medidas restrictivas deben ser excepcionales, limitadas a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañadas de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores.

Estas, por cierto, no son las características que han acompañado la intervención estatal sobre la autonomía colectiva en la práctica peruana. Por ello han merecido la condena de los mencionados órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

Para concluir este tema, debemos señalar que aunque la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo concede igual naturaleza y efectos al convenio colectivo y al laudo arbitral -como ya vimos-, sin embargo impide a este último regular una materia que puede abordarse por el primero: el nivel negocial (artículo 45). La exclusión nos parece injustificada. Afortunadamente, se ha

suprimido la prohibición de abordar la licencia sindical (artículo 32, modificado por la Ley 27912).

En lo que se refiere a la vigencia en el tiempo del convenio colectivo, nos remitimos al punto 3.2 en el que se trata integralmente esta cuestión. Allí se abordará tres aspectos: la duración del convenio colectivo, la de los beneficios establecidos en él y la aplicación retroactiva del convenio colectivo.

Lo mismo hacemos con el tema de la interpretación, En éste veremos si los criterios deben ser únicos para todo el convenio colectivo o diferenciados para su parte normativa y obligacional, y - en todo caso- cuáles pueden ser aquéllos.

Finalmente, nos resta tratar acerca del control de validez del convenio colectivo. Nuestro ordenamiento laboral tuvo antes de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, un sistema de control previo y administrativo de la validez del convenio colectivo. Aun cuando la negociación colectiva se resolviera de modo directo o con intervención no dirimente de tercero, el convenio colectivo debía enviarse a la Autoridad de Trabajo para su aprobación, antes de que surtiera efectos. El mecanismo vulneraba abiertamente la autonomía colectiva, investida de la potestad normativa por la Constitución y, por tanto, exonerada de cualquier supervisión administrativa.

Ahora el control de validez es posterior y jurisdiccional, como corresponde, pero no existe prácticamente regulación sobre él. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no establece cuándo un convenio colectivo transgrede la legalidad, ni quiénes, ante qué

instancias y con qué procedimientos podrían demandar su invalidez. Hay sólo algunas causales dispersas en el texto, como la mala fe de los representantes de las partes (artículo 49) o la celebración derivada del uso de las modalidades de huelga consideradas irregulares por la ley o de violencia sobre personas o bienes (artículo 69). La Ley Procesal del Trabajo, ha desperdiciado la oportunidad de salvar esta omisión.

La invalidez del laudo arbitral sí tiene alguna regulación. Está previsto que su impugnación procede ante la Sala Laboral de la Corte Superior, por razón de nulidad o establecer menores derechos a los de la ley (supuesto que bien podría subsumirse en el anterior), además de las causales reguladas en la Ley General de Arbitraje, de aplicación supletoria.

Nos parece que debería haber un procedimiento único y específico para obtener la declaración de invalidez del convenio colectivo y del laudo arbitral, desencadenado a iniciativa de los sujetos laborales colectivos o la Autoridad de Trabajo, expeditivo en su tramitación. La consecuencia de que no exista en el caso de los convenios colectivos, es la de obligar a la utilización supletoria del proceso de conocimiento en vía civil, que por todos los lados resulta absurda.

En tanto se establezca tal proceso, sólo cabe respecto del convenio colectivo, solicitar su inaplicación ante un juez en cualquier proceso, cuando haya incompatibilidad entre aquél y la

Constitución o la ley. Si se trata de un proceso laboral común, la base normativa es el artículo 138 de la Constitución y si es un proceso de amparo, además, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

2.2.1.3.5. Reglamento interno de trabajo

Un factor estructural en la relación laboral es el reconocimiento al empleador de un poder de dirección, que le permita organizar la producción y el trabajo. En ejercicio de este poder, el empleador puede impartir órdenes a los trabajadores a su cargo, ya sea de modo singular, a cada trabajador, ya sea de modo general, estableciendo reglas de cumplimiento obligatorio en la empresa o parte de ella. En este último caso, los mandatos constituyen propiamente normas, mientras en el primero no.

Pues bien, el cuerpo que aglutina las principales reglas dictadas por el empleador, es justamente el reglamento interno de trabajo. Su producción es potestad unilateral del empleador. Nada impide que, sin embargo, éste acuerde con la organización sindical, expedir todas o algunas de dichas reglas por convenio colectivo.

Dado su origen en la autonomía privada, el reglamento interno de trabajo tiene nivel terciario en la jerarquía. Su subnivel es inferior al del convenio colectivo, cuya configuración es bilateral. Así está previsto en nuestro ordenamiento al señalarse - en el artículo 5 del Decreto Supremo 39-91-TR-, que puede accionarse judicialmente contra el reglamento interno de trabajo que viole

disposiciones legales o convencionales. Ello conlleva que indispensablemente éstas tengan un rango mayor que aquél.

La existencia del reglamento interno de trabajo no es obligatoria en nuestro ordenamiento, aunque su cumplimiento - cuando exista- sí. El mencionado Decreto Supremo 39-91-TR exige contar con él sólo a los empleadores que empleen más de cien trabajadores, esto es, a una reducida porción de empresas en nuestro país. Por cierto, las empresas que no están obligadas pueden optar voluntariamente por tenerlo. La legislación sobre estabilidad laboral [inciso a) del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral], considera falta grave la inobservancia de las disposiciones del reglamento interno de trabajo.

El reglamento interno de trabajo requiere tener aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo para adquirir naturaleza normativa y surtir efectos como tal. Esta exigencia no es extraña en el caso de reglas dictadas unilateralmente por un sujeto individual, que van a recaer sobre terceros. Algo similar sucede en el Derecho Civil con las cláusulas generales de contratación (artículo 1393 del Código Civil). La aprobación se concede en forma automática a la presentación de la solicitud, conforme al artículo 4 del Decreto Supremo 39-91-TR. El control de validez tendrá que ser, pues, posterior y jurisdiccional. La vía la determina la Ley Procesal del Trabajo en el inciso g) del numeral 2 del artículo 4: a través de una demanda ante el juez de trabajo.

Por último, cabe hacer referencia al contenido del reglamento interno de trabajo. El Decreto Supremo 39-91-TR menciona algunas materias, como la admisión de los trabajadores, las jornadas, horarios, control de asistencia y de permanencia, medidas disciplinarias, etc. (artículo 2). Pero, como es evidente, no le confiere a esta norma una competencia exclusiva para regularlas. Por tanto, probablemente al ocuparse de muchos de esos puntos el reglamento interno de trabajo concurra con otras normas de rango superior, como la ley y especialmente el convenio colectivo, que suele tener en nuestro medio el mismo ámbito de aplicación (la empresa). La consecuencia es que el reglamento interno de trabajo sólo puede ocuparse de aquello que las otras normas no han regulado o hacerlo en vía de precisión o de mejora.

2.2.1.3.6. Costumbre.

La costumbre es una práctica reiterada que genera en la comunidad en la que se da, la convicción de que produce derechos y obligaciones para sus miembros. Se constituye, pues, de la combinación de un elemento objetivo: la repetición generalizada y continuada de una conducta determinada, y otro subjetivo: la creencia de que surgen de ella reglas obligatorias (Neves Mujica 2007, p. 66).

En nuestro medio, la jurisprudencia ha exigido la repetición de un comportamiento a lo largo de dos años para la formación de una costumbre. Este requisito, establecido originalmente a propósito

de las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, ha sido luego extendido a otros beneficios. En efecto, antes de que se dictara la Ley 25139, el otorgamiento de gratificaciones se volvía obligatorio -según nuestros organismos jurisdiccionales- si se había pactado en un convenio colectivo (o en un contrato de trabajo), o si se había concedido en dos oportunidades consecutivas por el empleador, o sea, durante dos años seguidos. Esta última exigencia, sin embargo, se empleó también respecto de beneficios de periodicidad mensual. Así, por ejemplo, ciertas bonificaciones o asignaciones adquirirían percepción obligatoria, cuando habían sido pagadas de modo fijo (en su monto) y permanente (en el tiempo), lo que se lograba al cabo de dos años. Nos parece errada la aplicación del mismo requisito para supuestos tan diversos, como aquéllos que tienen cumplimiento anual y aquéllos que lo tienen mensual.

La costumbre surge en ámbitos distintos, como la empresa, o unidades menores (una categoría, un establecimiento) o mayores que ella (la rama de actividad, una localidad). Más allá del ámbito en el que rija, para que la costumbre sea propiamente tal debe tener efectos abstractos y generales. Si el hecho que se repite, sucede sólo entre el empleador y un trabajador o algunos, encontrándose éstos determinados, no estamos ante una norma y, por tanto, no hay costumbre. La eventual obligatoriedad que pudiera derivar en ese caso de la conducta reiterada, constituiría más bien lo que la doctrina denomina la consolidación de beneficios por el transcurso del tiempo, que es una vía de adquisición de derechos.

El hecho en que consiste la costumbre suele formarse a través de una cadena de actos. Así por ejemplo, si el empleador otorga por decisión unilateral en marzo de un año una asignación por escolaridad y luego repite la entrega el año siguiente, la sucesión de cada uno de esos actos asilados produce un hecho, que es la costumbre, que lo obligará a hacerlo nuevamente en el tercer año.

El nivel que le corresponde a la costumbre es el terciario. Aunque no emana de la autonomía privada, que se exterioriza a través de productos normativos o no, surgidos de actos, por extensión tiene que incluirse allí, porque su origen está en los sujetos particulares. Un sector de la doctrina considera, sin embargo, que la costumbre llamada por otra norma, adquiere el rango de ésta. De modo que si fuera invocada por la ley pasaría a tener nivel primario. No vemos la razón por la que la remisión de una norma a otra debe transmitir el rango de la primera a la segunda. Esta tesis, por tanto, no nos parece convincente. La determinación de su subnivel respecto del reglamento interno de trabajo puede discutirse, por cuanto hay argumentos para colocarla encima (su surgimiento no de un acto unilateral del empleador sino de una comunidad, a la cual éste además pertenece), o debajo (su carácter no escrito que la priva de la certeza del reglamento interno de trabajo, que cuenta con aprobación administrativa). Nos inclinamos por esta última posición, por el carácter marginal que ocupa la costumbre en los sistemas jurídicos predominantemente escritos, como el nuestro. La costumbre, pues, puede desenvolverse en el espacio cada vez más

estrecho que las otras normas -especialmente las referidas a su mismo ámbito- le dejen.

Atendiendo a las relaciones entre la costumbre y el resto del ordenamiento, la doctrina ha formulado la siguiente clasificación: costumbres al margen de las demás normas, en desarrollo o en contra de ellas.

La costumbre al margen de las otras normas se da cuando un hecho está exclusivamente regulado por aquélla. No estamos en un supuesto de laguna, respecto del cual la costumbre vaya a cumplir una función integradora, porque aquél se produce ante la ausencia de normas y la costumbre es una de ellas. Aquí más bien tenemos una relación de supletoriedad. Este tipo de costumbre dejará de ser tal cuando el hecho se regule por otra norma, situación en la cual se convertirá en una de las dos siguientes (Neves Mujica 2007, p. 67).

Las costumbres en desarrollo y en contra de las demás normas suponen hipótesis de concurrencia normativa, es decir, de regulación simultánea del hecho por dos o más normas. La diferencia entre ellas estriba en que en el primer caso la concurrencia no es conflictiva y en el segundo sí. Mientras la costumbre en desarrollo de las normas puede introducir precisiones o mejoras a la regulación de éstas, en un vínculo de complementariedad o suplementariedad, respectivamente (como veremos en el punto 4.2.5); la costumbre en contra de las normas, contiene una regulación incompatible con la de éstas, generándose entre ellas una relación de conflicto.

Respecto de esta última, cabe añadir que una norma sólo se deroga o modifica por otra de su mismo origen y ámbito, que tenga además suficiente rango, razón por la cual la costumbre no puede eliminar a ninguna otra norma. Cualquier práctica que se forme, por tanto, en contravención de una norma será inválida. Cuestión distinta es la de una costumbre que se oponga a una norma caída en desuso porque su regulación se ha convertido en inaplicable. En este caso, para algunos autores estaríamos más bien ante una costumbre al margen de otras normas y, por consiguiente, admitida. Aquí la costumbre no elimina la norma sino que esta misma se paraliza.

2.2.1.3.7. Sentencia que pone fin a un proceso laboral

La sentencia común, que pone fin a la instancia o al proceso, declarando el derecho de las partes intervinientes en éste, tiene efectos sólo sobre ellas (artículo 121 del Código Procesal Civil), por lo que no constituye un producto normativo. Pero sí forma un precedente indicativo a seguirse en futuros casos semejantes al ya resuelto.

Sin embargo, si la respuesta dada a un caso por los organismos jurisdiccionales se repite en los siguientes del mismo tipo, entonces se forma lo que propiamente se conoce como una jurisprudencia. Para que ésta se constituya, la doctrina considera que debe tratarse de pronunciamientos del órgano máximo y ser reiterados (dos o más) y uniformes (la misma solución al mismo problema). Aquí sí tendremos un precedente inicialmente

vinculante, que los organismos jurisdiccionales deberán respetar, en salvaguarda de los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley, pilares fundamentales de todo Estado de derecho. No obstante, las futuras resoluciones podrían apartarse del precedente por razones objetivas y no subjetivas. Si lo hicieran sin fundamento apropiado, el afectado tendría derecho a interponer un recurso de casación por unificación jurisprudencial, regulado en materia laboral por la Ley Procesal del Trabajo [inciso b) del artículo 54 y d) del artículo 56]. La doctrina considera que esta cadena de actos, compuesta por las sentencias, que es obligatoria por su reiteración, configura un hecho normativo (Neves Mujica 2007, p. 68).

Distinta en la situación de las llamadas sentencias normativas. En éstas, un único pronunciamiento -y no una serie de ellos, como en la jurisprudencia- configuran un precedente vinculante, cuando en él se interprete la norma aplicable de modo general. En esta hipótesis, la interpretación dada a la norma en el primer caso, será obligatoria para los siguientes casos en los que esa misma norma esté involucrada. Pese a todo, cabe también desplazar el precedente del mismo modo que en el supuesto anterior y con los mismos efectos, de hacerlo indebidamente.

En nuestro ordenamiento hay varios supuestos de sentencias normativas. La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 22, establece la obligatoriedad del precedente generado por las ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema. En el mismo sentido, el

artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, prevé que las resoluciones expedidas en esta materia sentarán precedente obligatorio, cuando de ellas se pueda desprender principios de alcance general. Ambos tipos de ejecutorias deben publicarse en el diario oficial. Nos parece claro que estamos ante productos normativos, en tanto surten efectos no sólo para las partes de los procesos en que se expidió esas resoluciones, sino también para terceros ajenos, que en el futuro participen en procesos en los que deban emplearse los mismos criterios.

Un supuesto aún más radical que los anteriores -en los que a propósito de un caso se dictaba una sentencia aplicable a él y, en vía de precedente, a otros futuros- es el de los acuerdos adoptados en plenos jurisdiccionales. Hay dos situaciones distintas. En la primera, regulada por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los integrantes de las Salas Especializadas se reúnen para concordar las soluciones diversas que se han venido dando a casos similares ya resueltos. Sus directivas serán aplicables sólo a los posteriores casos. El precepto no determina explícitamente cuál es la forma jurídica que adoptan los acuerdos ni cuáles son sus efectos y omite la exigencia de publicación. Pero parece no quedar duda de que estamos ante directivas obligatorias. La segunda, prevista en el artículo 400 del Código Procesal Civil, en el marco del recurso de casación, opera cuando se vaya a resolver un caso relevante o de un tipo que ya ha sido resuelto antes, para evitar las contradicciones jurisprudenciales. En este caso, se adopta una decisión respecto de

la interpretación o aplicación de una norma, que constituye doctrina jurisprudencial vinculante para los organismos jurisdiccionales, hasta que sea modificada por otro pleno. Las resoluciones se publican en el diario oficial, aunque no establezcan doctrina jurisprudencial. En los dos supuestos nos encontramos ante atribuciones de producción normativa reconocidas al Poder Judicial.

Por último, son productos normativos las sentencias anulatorias de normas expedidas por los organismos jurisdiccionales a los que el ordenamiento les ha conferido la potestad de controlar la validez de aquéllas. Como ya vimos en el punto 2.1, dichos organismos son en nuestro medio, el Tribunal Constitucional que puede eliminar leyes u otras normas de su nivel por infracción de la Constitución (numeral 4 del artículo 200 de la Constitución y artículo 81 del Código Procesal Constitucional), y el Poder Judicial, que puede hacerlo con reglamentos y demás normas de su nivel que vulneren la Constitución o la ley (numeral 5 del artículo 200 de la Constitución y artículo 81 del Código Procesal Constitucional). En este caso, el rango de estos actos de extinción es el mismo que el de la norma eliminada, es decir, primario o secundario, respectivamente.

2.2.1.3.8. Contrato de trabajo.

Todos los contratos son acuerdos de dos o más partes, mediante los que se crea, regula, modifica o extingue relaciones jurídicas patrimoniales. Así lo establece nuestro Código Civil en su

artículo 1351. De este modo, tienen una eficacia constitutiva, pero también reguladora.

El contrato de trabajo establece, pues, sin duda, derechos y obligaciones para los sujetos laborales individuales. Sólo que esta regulación, de un lado, no es normativa, y del otro, comúnmente no es muy importante. De ambos rasgos vamos a ocuparnos enseguida.

El contrato de trabajo no es un producto normativo, sus efectos alcanzan únicamente a las partes que lo celebran. Por tanto, es un acto regulador que no produce normas, sino sólo obligaciones. Estas cualidades también las resalta nuestro Código Civil en sus artículos 1363 y 1402.

Como al regular el contenido de la relación laboral individual, el contrato de trabajo concurre con todos los productos normativos antes estudiados, el espacio que le queda es limitado: puede ocuparse de lo no previsto por las normas, o de lo previsto dispositivamente por ellas (en este caso, en cualquier sentido) o de lo previsto con imperatividad relativa (pero entonces, sólo en sentido de mejora sobre el piso).

No obstante lo expuesto, dada la diversificación de expectativas que generan en los trabajadores las nuevas formas de organización de la producción y del trabajo, derivadas de las innovaciones tecnológicas, la eficacia reguladora del contrato de trabajo empieza a ganar un mayor terreno. La doctrina europea denomina a este fenómeno la individualización de las relaciones laborales.

2.2.1.4. Los principios del derecho de trabajo.

Los principios constitucionales laborales son aquellos parámetros que inspiran la elaboración, interpretación y aplicación de las normas de índole laboral.

«(...)reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas.» (EXP. 0008-2005-AI/TC, Fundamento 20).

2.2.1.4.1. El principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

La igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación por ningún motivo, a no ser tratada de manera distinta de quienes tienen una misma condición, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato.

La discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano.

«(...)asegura, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo. Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales). La igualdad ante la Ley obliga a que el Estado

asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. (...)La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.» (Exp.N°008-2005-PI/TC, Fundamento 23).

2.2.1.4.2. El principio de la irrenunciabilidad de derechos reconocidos por la constitución y la ley.

Los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley son de carácter irrenunciables; los mismos que garantizan un mínimo estándar de protección a los ciudadanos.

«(...)regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18]. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno. Así, conforme se desprende de lo previsto

en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos «(...) derechos reconocidos por la Constitución y la ley».» (Exp.N°008-2005-PI/TC, Fundamento 24).

2.2.1.4.3. Indubio pro operario.

En los casos en los que se tenga una duda sobre la interpretación de una norma, de la que pudiera desprenderse distintos sentidos, se preferirá la que es más favorable para el trabajador.

«(...)traslación de la vieja regla del derecho romano indubio pro reo. Nuestra Constitución exige la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, vale decir que se acredite que a pesar de los aportes de las fuentes de interpretación, la norma deviene indubitadamente en un contenido incierto e indeterminado. La noción de duda insalvable debe ser entendida como aquella que no puede ser resuelta por medio de la técnica hermenéutica. El principio indubio pro operario será aplicable cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Ergo, nace de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de «norma» abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.» (EXP. 0008-2005-AI/TC, Fundamento 21).

2.2.1.4.4. El principio de razonabilidad, proporcionalidad.

Para su validez y justificación, las decisiones tomadas al amparo de una facultad discrecional deben de estar conforme a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

«(...)el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad (EXP. 0090-2004-AA/TC, Fundamento 36).

«(...)cabe precisar que el principio de proporcionalidad constituye un test o canon de valoración para evaluar actos estatales que inciden sobre derechos subjetivos (constitucionales o simplemente legales). Se trata de una técnica a partir de la cual el juzgador puede evaluar si la intromisión estatal en el ámbito de los derechos resulta, o no, excesiva (EXP. 0760-2004-AA/TC, Fundamento 3).

2.2.1.4.5. Principio de Legalidad.

Por el principio de legalidad, las faltas y prohibiciones deberán estar debidamente tipificadas, prohibiéndose de este modo la aplicación por analogía de conductas reprochables.

«(...)que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.» (EXP. 4810-2004-AA/TC, Fundamento 6).

2.2.1.4.6. El principio de la primacía de la realidad.

Este principio nos informa que en caso de discordia entre lo que se desprende de los documentos (por ejemplo un contrato) y lo que ocurre realmente, prevalecerá lo que sucede en el terreno de los hechos.

«(...)principio de primacía de la realidad, que significa que 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. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de

naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada.» (Exp.N°1944-2002-AA/TC, Fundamento 3).

« (...) un contrato civil suscrito sobre la base de estos supuestos se debe considerar como un contrato de trabajo de duración indeterminada, y cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral, sólo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario.» (Exp. N° 3710-2005-PA/TC, Fundamento 6).

2.2.1.4.7. El principio de continuidad.

Si el trabajador continúa laborando por un plazo mayor al periodo máximo de contratación laboral que establece la Ley (cinco años), este alcanza la protección contra el despido laboral y no puede ser despedido sino por causas establecidas por Ley.

«(...)debemos indicar que de los contratos de trabajo sujetos a modalidad que obran en autos, no se aprecia que el Senasa haya consignado en forma expresa cuáles fueron las causas objetivas para contratar a la demandante, ni que haya especificado si la demandante fue contratada para trabajar en una obra determinada o para un servicio específico. Asimismo, debe tenerse presente que el último contrato de trabajo de la demandante obrante a fojas 15, tiene como plazo de vigencia el período del 1 de febrero al 31 de marzo de 2003; sin embargo, la demandante continuó trabajando hasta junio de

2003, conforme se acredita con las boletas de pago obrantes de fojas 51 a 53.» (EXP. 6080-2005-AA, Fundamento 6).

2.2.1.4.8. El principio de inmediatez.

Por este principio se busca que la determinación de responsabilidad y su grado de incidencia, sean dilucidados conforme a Ley y en el menor tiempo posible, siempre conforme al debido proceso.

«(...)no lo es menos que dicha falta debió ser determinada como tal en la fecha en que presuntamente fue cometida, resultando inadmisibile y contrario al principio de inmediatez que, después de tantos años, la demandada pretenda responsabilizar a la recurrente por hechos respecto de los cuales no tomó las medidas pertinentes en el momento oportuno; por consiguiente, queda claro que lo que la demandada ha pretendido es eximirse de sus propias responsabilidades, sancionando a destiempo a la hoy demandante, lo que de ningún modo puede considerarse ejercicio regular de un acto conforme a derecho.» (Exp.N°2339-2004-AA/TC, Fundamento 2).

«(...)el recurrente pudo haber cometido una falta al no haber declarado dicha situación al momento de su ingreso (1994), no lo es menos que dicha falta debió ser determinada como tal en la fecha en que presuntamente fue cometida, resultando inadmisibile y contrario al principio de inmediatez que, después

de tantos años transcurridos, la demandada pretenda atribuirle tal falta.» (Exp. N° 2349-2003-AA/TC, Fundamento 3).

2.2.1.4.9. El principio de la buena fe

El trabajador incurre en quebrantamiento de la buena fe laboral cuando incumple sus obligaciones que emanan de su relación contractual que tiene con su empleador.

«(...)mediante la carta notarial de fecha 27 de marzo de 2003, manifiesta su voluntad de dar por extinguido el contrato de trabajo por considerar la conducta atribuida al actor como una falta grave de acuerdo a lo establecido en el inciso a) del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, aprobado mediante Decreto Supremo N.° 003-97-TR, al haberse producido un incumplimiento de sus obligaciones básicas de trabajo, lo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la inobservancia al Reglamento Interno de Trabajo, el Procedimiento de Operación de Camiones 793 y normas de seguridad interna, prevista en el inciso a) del artículo 25° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (EXP. 4097-2004-AA, Fundamento 7).

2.2.2. Contrato – CAS.

2.2.2.1. Definición

El Contrato Administrativo de Servicios (CAS) constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativo del Estado que se celebra entre éste y una persona natural para prestar un servicio no autónomo, subordinado y dependiente dentro de las instalaciones de la entidad, la que proporciona ambiente, recursos, servicios, bienes, mobiliarios, equipos, herramientas, insumos y demás medios necesarios para cumplir con las tareas objeto de la contratación. Esta modalidad contractual sustituye a la de los Servicios No Personales (SNP), cuyas referencias normativa se entienden realizadas a la referida contratación administrativa de servicios, como textualmente lo señala la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 1057.

2.2.2.2. El Marco Normativo Del Contrato - Cas.

2.2.2.2.1. Decreto Legislativo N° 1057.

Decreto legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

DECRETO LEGISLATIVO N° 1057

Artículo 1.- Finalidad

La presente norma regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, y tiene por objeto garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de Oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera

Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas

Especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado.

Artículo 3.- Definición del contrato administrativo de servicios

El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativo del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la Actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

La presente norma no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad.

Artículo 4.- Requisitos para su celebración

Son requisitos para la celebración del contrato administrativo de servicios:

4.1 Requerimiento realizado por la dependencia usuaria.

4.2 Existencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces.

Artículo 5.- Duración

El contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable.

Artículo 6.- Contenido

El contrato administrativo de servicios comprende únicamente lo siguiente:

6.1. Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.

6.2. Descanso de veinticuatro (24) horas continuas por semana.

6.3. Descanso de quince (15) días calendario continuos por año cumplido.

6.4. Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD. A estos efectos, la contribución tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.

6.5 La afiliación a un régimen de pensiones es opcional para quienes ya vienen prestando servicios a favor del Estado y son contratados bajo el presente régimen; y, obligatoria para las personas que sean contratadas bajo este régimen a partir de su entrada en vigencia.

A estos efectos, la persona debe elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.

Artículo 7.- Responsabilidad administrativa y civil

Los funcionarios o servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, incurrirán en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que le originen al Estado.

**2.2.2.2.2. Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, (Modificado Por El
Decreto Supremo N° 065-2011-PCM)**

Decreto Supremo Que Aprueba El Reglamento Del Decreto
Legislativo N° 1057, Que Regula El Régimen Especial De
Contratación Administrativa De Servicios.

DECRETO SUPREMO N° 075-2008-PCM

**CAPITULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1.- Naturaleza jurídica y definición del CAS

El contrato administrativo de servicios es una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma. Se rige por normas de derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057 y el presente reglamento. No está sujeto a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público-, ni al régimen laboral de la actividad privada, ni a ningún otro régimen de carrera especial.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057

2. 1. El ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057 y de este reglamento comprende a todas las entidades de la administración pública, entendiéndose por ellas al Poder Ejecutivo, incluyendo los ministerios y organismos públicos, de acuerdo a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; al Congreso de la República; al Poder Judicial; a los organismos constitucionalmente autónomos, a los gobiernos regionales y locales y las universidades públicas; y a las demás entidades públicas cuyas actividades se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público. Las empresas del Estado no se encuentran bajo el ámbito de aplicación del presente reglamento.

2.2. No se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057 y del presente reglamento los contratos financiados directamente por alguna entidad de cooperación internacional con cargo a sus propios recursos; los contratos que se realizan a través de organismos internacionales que, mediante convenio, administran recursos del Estado Peruano para fines de contratación de personal altamente calificado, así como tampoco a los contratos del Fondo de Apoyo Gerencial; aquellos que corresponden a modalidades formativas laborales; ni los de prestación o locación de servicios, consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad contractual de prestación de servicios autónomos que se realizan fuera del local de la entidad contratante.

2.3. El procedimiento regulado en el inciso 3.1 del artículo 3 del presente reglamento no se aplica a los procesos de contratación regulados por convenios y contratos internacionales, quedando a salvo los procedimientos especiales que éstos regulen.

CAPITULO II PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION

Artículo 3.- Procedimiento de contratación

3.1. Para suscribir un contrato administrativo de servicios las entidades públicas deben observar un procedimiento que incluye las siguientes etapas:

1. Preparatoria: Comprende el requerimiento del órgano o unidad orgánica usuaria, que incluye la descripción del servicio a realizar y los requisitos mínimos y las competencias que debe reunir el postulante, así como la descripción de las etapas del procedimiento, la justificación de la necesidad de contratación y la disponibilidad presupuestaria determinada por la oficina de presupuesto o la que haga sus veces de la entidad. No son exigibles los requisitos derivados de procedimientos anteriores a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1057 y de este reglamento.

2. Convocatoria: Comprende la publicación de la convocatoria en el portal institucional en Internet y en un lugar visible de acceso público del local o de la sede central de la entidad convocante, sin perjuicio de utilizarse, a criterio de la entidad convocante, otros medios de información. La publicación de la convocatoria debe hacerse y mantenerse publicada desde, cuando menos, cinco días hábiles previos al inicio de la etapa de selección.

3. Selección: Comprende la evaluación objetiva del postulante relacionada con las necesidades del servicio. Debe incluir la evaluación curricular y, a criterio de la entidad convocante, la evaluación escrita y entrevista, entre otras que se estimen necesarias según las características del servicio materia de la convocatoria. En todo caso la evaluación se debe realizar tomando en consideración los requisitos relacionados con las necesidades del servicio y garantizando los principios de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades. El resultado de la evaluación se publica a través de los mismos medios utilizados para publicar la convocatoria, en forma de lista por orden de mérito, que debe contener los nombres de los postulantes y los puntajes obtenidos por cada uno de ellos.

4. Suscripción y registro del contrato: Comprende la suscripción del contrato dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de los resultados. Si vencido el plazo el seleccionado no suscribe el contrato por causas objetivas imputables a él, se debe declarar seleccionada a la persona que ocupa el orden de mérito inmediatamente siguiente, para que proceda a la suscripción del respectivo contrato dentro del mismo plazo, contado a partir de la respectiva notificación. De no suscribirse el contrato por las mismas consideraciones anteriores, la entidad convocante puede declarar seleccionada a la persona que ocupa el orden de mérito inmediatamente siguiente o declarar desierto el proceso.

Una vez suscrito el contrato, la entidad tiene cinco días hábiles para ingresarlo al registro de contratos administrativos de servicios de cada entidad y a la planilla electrónica regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR.

3.2. Los procedimientos seguidos para la contratación de personas en el régimen de contratación administrativa de servicios, que se inician con posterioridad a la vigencia del presente reglamento, se sujetan única y exclusivamente a las normas que lo regulan, contenidas en el Decreto Legislativo N° 1057 y el presente reglamento. No son exigibles los requisitos derivados de procedimientos anteriores ni el proceso regulado por las normas que rigen las contrataciones y adquisiciones del Estado.

Artículo 4.- Impedimentos para contratar y prohibición de doble percepción

4.1. No pueden celebrar contratos administrativos de servicios las personas con inhabilitación administrativa o judicial para contratar con el Estado.

4.2. Están impedidos de ser contratados bajo el régimen de contratación administrativa de servicios quienes tienen impedimento para ser postores o contratistas, expresamente previsto por las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia.

4.3. Están impedidas de percibir ingresos por contrato administrativo de servicios aquellas personas que perciben otros ingresos del Estado, salvo que, en este último caso, dejen de percibir esos ingresos durante el período de contratación administrativa de servicios. La prohibición no alcanza, cuando la contraprestación que se percibe proviene de la actividad docente o por ser miembros únicamente de un órgano colegiado.

CAPITULO III CONTENIDO DEL CONTRATO

Artículo 5.- Duración del contrato administrativo de servicios

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.

Artículo 6.- Jornada semanal máxima.

El número de horas semanales de prestación de servicios no podrá exceder de un máximo de cuarenta y ocho horas de prestación de servicios por semana. Las entidades contratantes deben velar por el estricto cumplimiento de esta disposición y adoptar las medidas correspondientes con esa finalidad, entre ellas la reducción proporcional de la contraprestación por el incumplimiento de las horas de servicios semanales pactadas en el contrato o la compensación con descanso físico por la prestación de servicios en sobretiempo.

Artículo 7.- Modificación contractual.

Las entidades, por razones objetivas debidamente justificadas, pueden modificar el lugar, tiempo y modo de la prestación de servicios, sin que ello suponga la celebración de un nuevo contrato.

Artículo 8.- Descanso físico

8.1. El descanso físico es el beneficio del que goza quien presta servicios no autónomos bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios, que consiste en no prestar servicios por un período ininterrumpido de 15 días calendario por cada año de servicios cumplido, recibiendo el íntegro de la contraprestación. Este beneficio se adquiere al año de prestación de servicios en la entidad. La renovación o prórroga no interrumpe el tiempo de servicios acumulado.

8.2. Cuando se concluye el contrato después del año de servicios sin que se haya hecho efectivo el respectivo descanso físico, el contratado percibe el pago correspondiente al descanso físico.

8.3. La oportunidad del descanso físico es determinada por las partes. De no producirse acuerdo la determina la entidad contratante.

Artículo 9.- Afiliación al régimen contributivo de ESSALUD

9.1. Las personas que prestan servicios bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios son afiliados regulares del régimen contributivo de la seguridad social en salud, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley N° 26790 - Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud- y sus normas reglamentarias y modificatorias. También están comprendidos los derechohabientes a que se refiera la citada ley.

En el caso de las prestaciones económicas cuya cuantía se determine en función a los ingresos percibidos por el asegurado, su cálculo se realiza en función a la contraprestación percibida, sin excederla base imponible máxima establecido en el artículo 6.4 del Decreto Legislativo N° 1057.

9.2. Las prestaciones son efectuadas según lo establecido por el artículo 9 de la Ley N° 26790 y sus normas reglamentarias y modificatorias. Para el derecho de cobertura a las prestaciones, el afiliado regular y sus derechohabientes deben cumplir con los criterios establecidos en la mencionada ley.

9.3. La contribución mensual correspondiente a la contraprestación mensual establecida en el contrato administrativo de servicios es de cargo de la entidad contratante, que debe declararla y pagarla en el mes siguiente al de devengo de la contraprestación. El cálculo de las contribuciones mensuales se establece sobre una base imponible máxima equivalente al 30% de la Unidad Impositiva Tributaria vigente, teniendo en cuenta la base imponible mínima prevista por el artículo 6 de la ley N° 26790 vigente.

9.4. El registro, la declaración, el pago, la acreditación y otros de las personas que prestan servicios bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios están a cargo de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria y se realizan de conformidad con lo establecido por la Ley N° 27334 y sus normas reglamentarias.

9.5. En todo aquello no previsto en los numerales anteriores se aplica las disposiciones establecidas por la Ley N° 26790 -Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud- y sus normas reglamentarias y modificatorias, en todo lo que no se oponga al Decreto Legislativo N° 1057 y al presente reglamento.

Artículo 10.- Afiliación al régimen de pensiones.

10.1. La afiliación a un régimen de pensiones es opcional para quienes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, se encuentran prestando servicios a favor del Estado y sus contratos son sustituidos por un contrato administrativo de servicios. En estos casos deberá procederse de la siguiente manera:

a. quienes no se encuentran afiliados a un régimen pensionario y manifiesten su voluntad de afiliarse, deben decidir su afiliación a cualquiera de ellos conforme a lo dispuesto en el artículo 10.3 del presente reglamento. La entidad procede a efectuar la retención de los aportes del sistema pensionario que corresponda.

b. quienes se encuentran afiliados a un régimen pensionario pero que a la fecha hubieran suspendido sus pagos o se encontrasen aportando un monto voluntario, podrán permanecer en dicha situación u optar por aportar como afiliado regular para lo cual, deben comunicar ese hecho, a través de declaración jurada, a la entidad, la que procede a efectuar la retención correspondiente entregando al contratado una constancia de retención que registre el monto retenido.

10.2. La afiliación a un régimen de pensiones es obligatoria para las personas que, no encontrándose en el supuesto anterior, son contratadas bajo el régimen del

Decreto Legislativo N° 1057; siempre y cuando no se trate de actuales pensionarios o personas que se encuentran ya afiliadas a un régimen.

Quienes ya se encuentren afiliadas a un régimen deben comunicar ese hecho, a través de declaración jurada, a la entidad, la que procede a efectuar la retención correspondiente entregando al contratado una constancia de retención que registre el monto retenido.

10.3. Las personas que se afilian a un régimen de pensiones se rigen por las siguientes reglas:

a) Las personas contratadas bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 que tienen la obligación de afiliarse deben ser consideradas como afiliados obligatorios y se rigen por las normas y disposiciones que regulan la materia.

b) El afiliado obligatorio tiene el mismo plazo que un afiliado regular para ejercer su derecho de opción. De no optar en ese plazo, se aplica lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 054-97-EF. c) Quienes no están inscritos en algún sistema de pensiones pueden elegir entre acogerse al Sistema Nacional de Pensiones o al Sistema Privado de Pensiones. Aquellos que ya se encuentran afiliados a un sistema de pensiones permanecen en el mismo sistema, salvo que sigan el proceso de desafiliación correspondiente, regulado por la Ley N° 28991 y sus normas reglamentarias, luego de lo cual pueden optar por otro régimen. d) Para el cumplimiento de lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Legislativo N° 1057, el afiliado al Sistema Nacional de Pensiones debe presentar una solicitud descrita ante la Oficina de Normalización Previsional, la que debe evaluar la solicitud del administrado. De ser considerado procedente el pedido formulado, se emite el acto administrativo correspondiente, que debe contener el cronograma de los pagos por el periodo comprometido. El monto sobre el cual se fija el aporte es la retribución consignada en el contrato por los periodos durante los cuales se presta el servicio. En ningún caso el indicado monto puede ser menor a la remuneración mínima vital vigente en cada momento. Si en el plazo máximo convenido para el pago no se cumple con el pago total o parcial programado, el interesado no puede solicitar nuevamente pagar el período no cancelado. En el caso de los afiliados al Sistema Privado de Pensiones, se aplican las disposiciones que determine la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones. e) Los aportes antes mencionados se deben pagar, registrar y acreditar por los meses que debieron pagarse. El registro que se aplica para este tipo de aportes debe contener los campos necesarios para poder registrar el aporte por los periodos anteriores a ser pagados en forma voluntaria, tanto para el caso de pago a través del retenedor de la obligación, como para el caso en que el interesado pague directamente. f) La Oficina de Normalización Previsional y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones deben aprobar, en los casos que corresponde, las normas respectivas y disponer las medidas necesarias para viabilizar el pago de los aportes señalados en la Tercera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1057.

Artículo 11.- Suplencia y encargo de funciones del personal con contrato administrativo de servicios.

Las personas contratadas bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 pueden ejercer la suplencia o conformar comisiones temporales por encargo en la entidad contratante.

CAPITULO IV
SUSPENSIÓN Y RESOLUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DEL
CONTRATADO

Artículo 12.- Suspensión de las obligaciones del contratado.

Se suspende la obligación de prestación de servicios del contratado en los siguientes casos:

12.1 Suspensión con contraprestación:

a) Los supuestos regulados en el régimen contributivo de ESSALUD y conforme a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

b) Por ejercicio del derecho al descanso pre y post natal de noventa (90) días. Estos casos se regulan de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias de ESSALUD.

c) Por causa fortuita o de fuerza mayor, debidamente comprobada.

12.2 Suspensión sin contraprestación:

Por hacer uso de permisos personales en forma excepcional, por causas debidamente justificadas.

Artículo 13.- Supuestos de extinción del contrato administrativo de servicios.

13.1. El contrato administrativo de servicios se extingue por:

a) Fallecimiento del contratado.

b) Extinción de la entidad contratante.

c) Decisión unilateral del contratado. En este caso, el contratado debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de 30 días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente de la entidad por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentado.

d) Mutuo acuerdo entre el contratado y la entidad contratante.

e) Invalidez absoluta permanente sobreviniente del contratado.

f) Decisión unilateral de la entidad contratante, sustentada en el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas.

g) Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.

h) Vencimiento del plazo del contrato.

13.2. En el caso del literal f) del numeral 13.1 precedente la entidad contratante debe imputar al contratado el incumplimiento mediante una notificación. El contratado tiene un plazo de (5) cinco días hábiles para expresar lo que estima conveniente. Vencido ese plazo la entidad debe decidir, en forma motivada y según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si resuelve o no el contrato, comunicándolo al contratado. Esta decisión agota la vía administrativa, conforme a lo señalado en el artículo 16 del presente reglamento.

13.3. 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.

CAPITULO V
EVALUACION Y CAPACITACION

Artículo 14.- Evaluación y capacitación.

Conforme a lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1023 y a lo señalado por el artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1025, los contratados bajo el régimen regulado en el Decreto Legislativo N° 1057 y el presente reglamento quedan comprendidos en los procesos de evaluación de desempeño y los procesos de capacitación que se llevan a cabo en la administración pública.

CAPITULO VI ORGANO RESPONSABLE

Artículo 15.- Órgano responsable en cada entidad.

El órgano encargado de los contratos administrativos de servicios es determinado por cada entidad, conforme a las funciones establecidas en los respectivos reglamentos de organización y funciones. De no designarse al órgano encargado, será la Dirección General de Administración o el que haga sus veces.

CAPITULO VII SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Artículo 16.- Resolución de conflictos

Los conflictos derivados de la prestación de los servicios regulados por el Decreto Legislativo N° 1057 y el presente reglamento serán resueltos por el órgano responsable al que se refiere el artículo precedente, quedando agotada la vía administrativa en dicha instancia única. Una vez agotada la vía administrativa, se puede acudir a la sede judicial conforme a las reglas del proceso contencioso

2.2.2.2.3. Resolución Ministerial N° 417-2008-PCM

Que Aprueba El Modelo De Contrato Administrativo De Servicios.

RESOLUCION MINISTERIAL N° 417-2008-PCM

Lima, 29 de Diciembre del 2008

CONSIDERANDO:

Que el Decreto Legislativo N° 1057 regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios el cual tiene por objeto garantizar los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública;

Que mediante el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM se ha aprobado el Reglamento del citado Decreto Legislativo N° 1057 el cual ha dispuesto la existencia de un único procedimiento de ingreso al citado régimen especial aplicable a todas las entidades públicas a efectos de garantizar la plena transparencia de dicha contratación;

Que la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, ha dispuesto que mediante Resolución Ministerial la Presidencia del Consejo de Ministros aprobará el modelo de contrato administrativo de servicios, el mismo que será publicado en el portal institucional;

Que en atención a lo expuesto, se hace necesario aprobar el modelo de contrato administrativo de servicios elaborado por la Presidencia del Consejo de Ministros;

De conformidad con el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM y el Decreto Supremo Num. 063-2007-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Aprobación del Modelo de Contrato Administrativo de Servicios

Apruébese el modelo de contrato administrativo de servicios que, como anexo, forma parte de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Publicación en el Portal de la Presidencia del Consejo de Ministros

El modelo de contrato al que hace referencia el artículo precedente será publicado en el Portal Institucional de la Presidencia del Consejo de Ministros www.pcm.gob.pe.

Regístrese, publíquese y comuníquese.

YEHUDE SIMON MUNARO

Presidente del Consejo de Ministros

2.2.2.2.4. Resolución de Presidencia Ejecutiva N°107-2011-SERVIR-PE

Que Aprueba Las Reglas Y Lineamientos Para La Adecuación De Los Instrumentos Internos Conforme A Los Cuales Las Entidades Ejercen El Poder Disciplinario Sobre Los Trabajadores Contratados Bajo El Régimen Laboral Especial Del D. Leg. N° 1057.

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA EJECUTIVA N° 107-2011-SERVIR/PE

Lima, 13 de setiembre de 2011

Visto, el Informe N° 008-2011-SERVIR/GPGRH de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Legislativo N° 1057 se regula el contrato administrativo de servicios como una modalidad de contratación especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado, no sujeta a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que

regulan carreras administrativas especiales y, mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, se aprobó el Reglamento de dicha norma;

Que, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC de fecha 7 de setiembre de 2010, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el citado Decreto Legislativo, estableciendo que en toda actividad interpretativa sobre el denominado “contrato administrativo de servicios”, debe entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, compatible con el marco constitucional;

Que, en la misma sentencia, aclarada mediante resolución publicada el 20 de octubre de 2010, el Tribunal Constitucional dispuso que se dicte la reglamentación necesaria que permita a los trabajadores sujetos al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 1057, el ejercicio del derecho de sindicación y huelga regulado en el artículo 28° de la Constitución Política del Perú, así como introducir modificaciones al Reglamento de la referida norma, con el fin de mejorar la gestión del régimen de contratación administrativa de servicios;

Que, en cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional, mediante Decreto Supremo N° 065-2011-PCM publicado el 27 de julio de 2011, se aprobaron modificaciones al Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 y se adicionaron otras disposiciones con el propósito de complementar dicha legislación;

Que, en el numeral 15.A.3 del artículo 15-A de la referida disposición se dispone que la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR dictará las reglas y/o lineamientos conforme a los cuales cada entidad deberá adecuar los instrumentos internos conforme a los cuales ejerce el poder disciplinario, y, asimismo, en su Única Disposición Complementaria Final se establece que SERVIR aprobará el modelo de convocatoria de la contratación administrativa de servicios y el modelo del contrato administrativo de servicios;

Que, en cumplimiento del encargo conferido, mediante el documento de visto la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos, órgano de SERVIR Sistema Normativo de Información Laboral Dirección de Capacitación y Difusión Laboral encargado de formular las políticas nacionales y propuestas normativas del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, ha propuesto las reglas y lineamientos para la adecuación de los instrumentos internos conforme a los cuales las entidades ejercen el poder disciplinario sobre los trabajadores contratados bajo el régimen laboral especial del Decreto Legislativo N° 1057, así como el modelo de convocatoria y de contrato administrativo de servicios;

Que, el Consejo Directivo de SERVIR aprobó la propuesta presentada por la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos, encargando a la Presidencia Ejecutiva emitir la Resolución respectiva;

Que, asimismo, en el artículo 3° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 se establece que la selección del personal bajo el régimen laboral especial de contratación administrativa de servicios se realiza, necesariamente, mediante evaluación curricular y entrevista, siendo opcional para las entidades aplicar otros mecanismos, como la evaluación psicológica, la evaluación técnica o la evaluación de competencias específicas;

Que, en ese sentido, adecuándose a los términos de la citada disposición reglamentaria, debe modificarse el artículo 4° de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 61-2010-SERVIR/PE, que prevé las etapas a que deben sujetarse las entidades de la administración pública para la selección de personal; Con la visación de la Gerencia General, de la Gerencia de Políticas de Gestión de

Recursos Humanos y de la Oficina de Asesoría Jurídica; De conformidad al Decreto Legislativo N° 1023, el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM y en uso de las facultades establecidas en el Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, aprobado mediante Decreto Supremo N° 062-2008-PCM y modificado por Decreto Supremo N° 014-2010-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Reglas y lineamientos para la adecuación de los instrumentos internos conforme a los cuales las entidades ejercen el poder disciplinario sobre los trabajadores contratados bajo el régimen laboral especial del Decreto Legislativo N° 1057.

Aprobar las reglas y lineamientos a que deben sujetarse las entidades públicas para adecuar los instrumentos internos conforme a los cuales ejercen el poder disciplinario sobre los trabajadores contratados bajo el régimen laboral especial del Decreto Legislativo N° 1057 que, como anexo, forma parte de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Modelo de Convocatoria para la Contratación Administrativa de Servicios

Aprobar el Modelo de Convocatoria para la contratación administrativa de servicios que, como anexo, forma parte de la presente resolución.

Artículo 3°.- Modelo de Contrato Administrativo de Servicios

Aprobar el Modelo de Contrato Administrativo de Servicios que, como anexo, forma parte de la presente resolución.

Artículo 4°.- Ámbito de aplicación.

Los documentos aprobados en los artículos precedentes son de obligatoria aplicación por parte de las entidades públicas a que se refiere el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1057 y el artículo 2° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.

Artículo 5°.- Vigencia

La presente Resolución entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo 6°.- Difusión

Disponer la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal Institucional de SERVIR (www.servir.gob.pe), y de los documentos aprobados en los artículos 1°, 2° y 3° de la presente Resolución en dicho portal institucional.

Única Disposición Complementaria Final

Las consultas sobre la aplicación de las reglas y lineamientos, del modelo de convocatoria de la contratación administrativa de servicios y del contrato administrativo de servicios, son absueltas por la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR en el marco de su competencia. La atención de los pedidos de opinión formulados por las diversas instituciones públicas y personas naturales se sujeta a las disposiciones que sobre el particular emita esta entidad.

Única Disposición Complementaria Modificatoria

Modifíquese el artículo 4° de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 61-2010-SERVIR/PE en los siguientes términos:

“Artículo 4°.- Procesos de Selección

Todo proceso de selección que realicen las entidades de la administración pública deberá considerar, entre otras etapas, como mínimo las siguientes:

- a) Evaluación curricular.
- b) Evaluación técnica.
- c) Evaluación psicológica.
- d) Entrevista.

Para el proceso de selección en el marco de la contratación administrativa de servicios solo son obligatorias las etapas de evaluación curricular y entrevista, siendo opcional para las entidades aplicar otros mecanismos de evaluación. La etapa de evaluación psicológica es obligatoria para las entidades señaladas en los numerales 3.1, 3.2, 3.3 y 3.6 del artículo 3 de la presente Resolución. En los Gobiernos Regionales y Locales, incluidos sus órganos y entidades, corresponderá a las autoridades evaluar la aplicación de la mencionada etapa, tomando en cuenta además la disponibilidad presupuestaria de las entidades. Aquellos postulantes que superen todas las etapas mencionadas precedentemente, y hubiesen acreditado documentalmente la condición de personal licenciado de las Fuerzas Armadas, recibirán una bonificación del 10% en la última de las etapas señaladas (entrevista).”

Regístrese, comuníquese y publíquese.

EDMUNDO BETETA OBREROS

Presidente Ejecutivo

Autoridad Nacional del Servicio Civil

2.2.2.2.5. Ley N° 29849

Ley Que Establece La Eliminación Progresiva Del Régimen Especial Del Decreto Legislativo 1057 Y Otorga Derechos Laborales.

LEY N° 29849

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto establecer la eliminación del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, regulado mediante el Decreto Legislativo 1057, en adelante Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057.

La eliminación del referido régimen se efectúa de manera progresiva y de conformidad con las disposiciones establecidas en la presente Ley.

Artículo 2. Modificación de los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 1057

Modifícanse los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 1057, los cuales quedan redactados con los textos siguientes:

“Artículo 3.- Definición del Contrato Administrativo de Servicios

El Contrato Administrativo de Servicios constituye una modalidad especial de contratación laboral, privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. El Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 tiene carácter transitorio.

Artículo 6°.- Contenido

El Contrato Administrativo de Servicios otorga al trabajador los siguientes derechos:

- a) Percibir una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida.
- b) Jornada máxima de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales. Cuando labore en una entidad en la que existe una jornada de trabajo reducida establecida para los trabajadores sujetos a los regímenes laborales generales, le será aplicable tal jornada especial.
- c) Descanso semanal obligatorio de veinticuatro (24) horas consecutivas como mínimo.
- d) Un tiempo de refrigerio, que no forma parte de la jornada de trabajo.
- e) Aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a los montos establecidos en las leyes anuales de presupuesto del sector público.
- f) Vacaciones remuneradas de treinta (30) días naturales.
- g) Licencias con goce de haber por maternidad, paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales.
- h) Gozar de los derechos a que hace referencia la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- i) A la libertad sindical, ejercitada conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, y normas reglamentarias
- j) A afiliarse a un régimen de pensiones, pudiendo elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones, y cuando corresponda, afiliarse al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
- k) Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD. La contribución para la afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.

Cuando el trabajador se encuentre percibiendo subsidios como consecuencia de descanso médico o licencia pre y post natal, le corresponderá percibir las prestaciones derivadas del régimen contributivo referido en el párrafo anterior, debiendo asumir la entidad contratante la diferencia entre la prestación económica de ESSALUD y la remuneración mensual del trabajador.

D) Recibir al término del contrato un certificado de trabajo.

Los derechos reconocidos en el presente artículo se financian con cargo al presupuesto institucional de cada entidad o pliego institucional, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.”

Artículo 3°.- Incorporación de los artículos 8°, 9°, 10°, 11° y 12° al Decreto Legislativo 1057.- Incorpóranse los artículos 8°, 9°, 10°, 11° y 12° al Decreto legislativo 1057, en los términos siguientes:

“Artículo 8°.- Concurso público

El acceso al régimen de Contratación Administrativa de Servicios se realiza obligatoriamente mediante concurso público.

La convocatoria se realiza a través del portal institucional de la entidad convocante, en el Servicio Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y en el Portal del Estado Peruano, sin perjuicio de utilizarse, a criterio de la entidad convocante, otros medios de información.

Artículo 9°.- Obligaciones y responsabilidades administrativas

Son aplicables al trabajador sujeto al Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057, en lo que resulte pertinente, la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, la Ley 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 las disposiciones 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.

El procedimiento disciplinario aplicable a los trabajadores del presente régimen se establece mediante norma reglamentaria.

Artículo 10°.- Extinción del contrato

El Contrato Administrativo de Servicios se extingue por:

- a) Fallecimiento
- b) Extinción de la entidad contratante.
- c) Renuncia. En este caso, el trabajador debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de 30 días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente de la entidad, por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentado.
- d) Mutuo disenso.
- e) Invalidez absoluta permanente sobreviniente.
- f) Resolución arbitraria o injustificada.
- g) Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses.
- h) Vencimiento del plazo del contrato.

La resolución arbitraria o injustificada del Contrato Administrativo de Servicios genera el derecho al pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres (3). El período de prueba es de tres (3) meses.

Artículo 11°.- Boletas de pago

Las entidades están en la obligación de emitir boletas de pago a los trabajadores bajo el régimen establecido en la presente norma.

Artículo 12°.- Régimen tributario

Para efectos del Impuesto a la Renta, las remuneraciones derivadas de los servicios prestados bajo el régimen de la presente Ley son calificadas como rentas de cuarta categoría.”

Artículo 4°.- Reglamentación.- Dentro de los sesenta (60) días hábiles, contados a partir de la vigencia de la presente Ley, mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo y el Ministro de Economía y Finanzas se aprobarán las disposiciones reglamentarias.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Contratación de personal directivo.- El personal establecido en los numerales 1), 2), e inciso a) del numeral 3) del artículo 4° de la Ley 28175, Ley

Marco del Empleo Público, contratado por el Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057, está excluido de las reglas establecidas en el artículo 8 de dicho decreto legislativo. Este personal solo puede ser contratado para ocupar una plaza orgánica contenida en el Cuadro de Asignación de Personal – CAP de la entidad.

SEGUNDA.- Para la aplicación de la presente Ley, el registro de gasto correspondiente al Contrato Administrativo de Servicios se mantiene en la Genérica de Gasto 2.3 “Bienes y Servicios”, incluyendo la atención de los derechos a los que hace referencia el artículo 6 del Decreto Legislativo 1057, modificado por la presente Ley.

TERCERA.- La aplicación de la presente norma se financia con cargo a los presupuestos institucionales de los pliegos respectivos, incluida la atención de los derechos a los que hace referencia el artículo 6 del Decreto legislativo 1057, modificado por la presente Ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA.- La eliminación del Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 se produce de manera gradual a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servido Civil. Para tal efecto, en las leyes anuales de presupuesto del sector público se establecerán los porcentajes de ingreso para el nuevo Régimen del Servicio Civil.

SEGUNDA.- Para efecto de la aplicación de las medidas contenidas en la presente norma, el Contrato Administrativo de Servicios como modalidad especial de contratación laboral privativa del Estado, precítese que no se consideran servicios personales para efectos de las medidas de austeridad en materia de personal contenidas en las leyes anuales de presupuesto. Asimismo, no se encuentra comprendido en las medidas presupuestarias sobre gasto en ingresos de personal que establezcan las leyes anuales de presupuesto; sujetándose a las normas que regulan el Contrato Administrativo de Servicios.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

UNICA.- Derogación.- Deróganse o déjense sin efecto, según corresponda, las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, a los veinte días del mes de Marzo de dos mil doce

DANIEL ABUGATTAS MAJLUF

Presidente del Congreso de la República

MANUEL ARTURO MERINO DE LAMA

Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los días del mes de abril del año dos mil doce.

OLLANTA HUMALA TASSO

Presidente Constitucional de la República

2.2.3. Desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad.

2.2.3.1. Noción de desnaturalización.

En principio, para hablar de la desnaturalización de un contrato modal, primero debemos de saber ¿Qué se entiende por desnaturalización?, de manera muy didáctica los autores De Lama Laura y Gonzales Ramírez refieren que: "...desnaturalización", que se deriva del verbo "desnaturalizar" implica aquella acción por la que se alteran las propiedades o condiciones de algo, vale decir cuando se desvirtúa. Ello significaría que algo nace siendo "A" pero por diversas razones se convierte o transforma en "B". Luego, la desnaturalización implica que la situación "A" va perdiendo, por distintas circunstancias, la esencia o cualidades que le permitían ser tal, estas se van desgastando y diluyendo hasta que pierde la calidad de "A" desembocando en una situación diferente: "B". (De lama Laura, y Gonzales Ramírez 2010, P. 19).

Tomando el ejemplo antes mencionado, podría decirse que: si la situación "A" que es el contrato modal se ha desnaturalizado y se ha transformado en una situación "B" que vendría a ser un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

2.2.3.2. Causas o supuestos de desnaturalización

- a. Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas

exceden del límite máximo permitido (El Artículo 74 del T.U.O. del decreto Legislativo 728)

Este supuesto es bastante claro, no necesita de mayor explicación.

- 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.

Según lo dispuesto en el Artículo 63 de la Ley de Product. Y Competitividad Laboral (LPCL), estos contratos temporales de trabajo tendrán la duración que resulte necesaria, pudiendo celebrarse las renovaciones necesarias para la conclusión o término de la obra o servicio objeto de la contratación, como se puede apreciar no se ha establecido expresamente un plazo de duración máxima para este tipo de contrato modal, sin embargo jurisprudencialmente se ha señalado en primer lugar, mediante la CASACIÓN N° 1082-2001-Lima de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, publicada el 20 de febrero de 2003, que el contrato de obra o servicio, al estar sujeto a la fecha de terminación de aquélla, podrá renovarse hasta su culminación; es decir, hasta que la obra o servicio haya concluido. Sin embargo, a pesar de que el tiempo del mencionado contrato tenga que adecuarse a la duración de la obra o servicio, deberá entrar en concordancia con lo establecido en el Art. 74 de la LPCL, es decir 5 años. Sin embargo, mediante la CASACIÓN N° 1809-2004 Lima de la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria

de la Corte Suprema, realizó un cambio de criterio jurisprudencial respecto del plazo del contrato de obra o servicio, toda vez que ha establecido que el plazo de duración máxima para el contrato de obra o servicio es de 8 años. Por lo que tenemos un plazo para un contrato sujeto a modalidad no establecido expresamente por ley pero si fijada jurisprudencialmente.

- c. Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando.

Este supuesto es bastante claro, el Tribunal Constitucional ha señalado, por ejemplo:

"si bien el contrato por suplencia de la demandante vencía el 20 de junio de 2009, del Memorando N.º 676-2009-PER-OA/CSJA, de fecha 23 de junio de 2009, a través del cual la emplazada le comunica el término del contrato de suplencia y le solicita que recién a partir de la fecha cumpla con hacer entrega del cargo (23 de junio de 2009 a las 14:52, tal como aparece en la hoja de fax remitido, lo cual no ha sido cuestionado por la entidad demandada), se deduce que la actora laboró luego del vencimiento del contrato modal, es decir, laboró sin contrato escrito, los días 22 y 23 de junio de 2009, hecho que se corrobora con las constataciones policiales, de fechas 22 y 24 de junio de 2009 (f. 3 y 5), la hoja del cuaderno de cargo de los trámites que efectuó la demandante en el Módulo Corporativo Civil I, con fecha 22 y 23 de junio de 2009 (f. 13) y la Orden de Inspección N.º 1193-2009, de fecha 23 de junio de 2009 (f. 4),

entendiéndose que su contratación fue de duración indeterminada". STC N° 03869-2011-PA/TC

- d. Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

Como se podrá apreciar, hay dos conceptos específicos: simulación y fraude, pero ¿Qué entendemos por simulación? El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define a la simulación como la "alteración aparente de la causa, la índole o el objeto verdadero de un acto o contrato". Agrega que simular es "representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es". En términos jurídicos la simulación consiste en una discrepancia entre la voluntad declarada y la voluntad interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros. Conforme lo señala la jurisprudencia: "(...) la simulación (...) consistente (...) en la celebración aparente de un acto jurídico sin que exista voluntad para ello, (...) la simulación requiere de la concertación de las dos partes para celebrar un acto jurídico aparente en perjuicio de terceros, en cambio el dolo permite la acción de solo una de las partes en perjuicio de la otra." CASACIÓN N° 276-99-Lambayeque, El Peruano 17-09-2000. La simulación aplicable al campo laboral sería por ejemplo: cuando se pretende ocultar una relación laboral mediante la celebración de un contrato de locación de servicio (aquí estamos en una simulación relativa) o cuando una empresa y una persona celebran un contrato de trabajo con la única finalidad de que esta última se beneficie con las atenciones y/o

prestaciones de la Seguridad Social (aquí estamos en una simulación absoluta). Por otra parte ¿Qué entendemos por fraude a la ley? El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, define al fraude como: un engaño, inexactitud consiente, abuso de confianza que produce o prepara un daño; Para CARHUATOCTO SANDOVAL, (2005, p. 108) "Es la instrumentalización de una norma con una finalidad distinta para la cual fue creada" ; así mismo el distinguido jurista Neves Mujica, precisa más aun y señala que: "Esta consiste en eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura)". En el caso de los contratos de trabajo, sería que el empleador busca que una verdadera relación laboral indeterminada sea regida por las normas que regulan la contratación sujeta a modalidad.

2.2.3.3. Efecto de la desnaturalización del contrato modal

Una vez demostrada la desnaturalización del contrato de trabajo modal, la consecuencia y efecto no es otra que la determinación de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (regla general en nuestro ordenamiento jurídico), es decir, que solamente puede ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad, de lo contrario se trataría de un despido arbitrario, cuya proscripción garantiza el contenido esencial del derecho al trabajo, reconocido por el Artículo 22 de la Constitución Política del Perú. Por tanto, la ruptura del vínculo laboral, sustentada en el vencimiento del plazo del contrato, tiene el

carácter de un despido arbitrario, lesivo del derecho al trabajo, frente a lo cual procede, la reposición o la indemnización, de acuerdo a la elección del trabajador.

2.2.4. Régimen de contratación de trabajadores de las municipalidades.

La Corte Suprema ha fijado como precedente de obligatorio cumplimiento para las instancias inferiores que los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada regulado por el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. En consecuencia, en ningún caso pueden ser contratados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Este criterio ha sido establecido en la sentencia recaída en la Casación Laboral N° 7945-2014 Cusco, al resolver el caso de un trabajador que interpuso su demanda solicitando su reposición a su puesto de trabajo.

El caso es el siguiente: El trabajador interpuso una demanda en contra de su ex empleadora, la Municipalidad Distrital de San Sebastián, postulando como única pretensión la reposición a su mismo cargo y área laboral por haber sido pasible de un despido incausado. El demandante sustenta como argumento factico que ingresó a trabajar en calidad de obrero en la Municipalidad y que pese a sus labores desempeñadas se le ha ido pagando mediante boletas de pago donde indebidamente se consigna la condición de trabajador sujeto a un contrato administrativo de servicios -CAS. Alega además que ha sufrido un despido incausado, al no obrar una causa justa de despido, ni procedimiento de despido

alguno, máxime si durante su relación laboral no ha suscrito contrato de trabajo alguno.

Sobre el particular, el juez de primera instancia declaró fundada la demanda, ordenando la reposición del actor en las mismas condiciones y categoría anterior a la fecha del despido, es decir, como obrero permanente. Para ello, fundamentó su decisión en lo señalado por el artículo 37 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que ubica al trabajador obrero en el régimen laboral de la actividad privada. No obstante, en segunda instancia, la Corte Superior de Justicia del Cusco procedió a revocar la sentencia anterior, debido a que en su opinión el trabajador si estaba sujeto a las reglas del régimen laboral CAS, por lo que no procede la reposición.

Antes de resolver el caso, la Corte Suprema dilucida que si bien originalmente se consideraban a los trabajadores municipales como servidores públicos, la normativa sufrió modificaciones estableciendo que su régimen ahora sería el de la actividad privada. Menciona también que la Autoridad Nacional del Servicio Civil en una serie de resoluciones ha indicado que los obreros municipales no podrían ser contratados bajo el régimen especial de contratación administrativa, pues representaría un desconocimiento de la evolución de las normas que regulan la protección del trabajo de este tipo de trabajadores.

Con relación al caso concreto, la Corte Suprema señala que el trabajador demandante solo podía ser contratado bajo el régimen laboral de la actividad privada; por ello, al haber incumplido la Municipalidad esa exigencia legal, los contratos de trabajo deben entenderse como de duración indeterminada. Por lo tanto, el cese del trabajador califica como un despido incausado, correspondiendo que sea repuesto en su mismo puesto de trabajo.

2.2.5. Estabilidad laboral.

2.2.5.1. Concepto.

La estabilidad laboral, significa en si la permanencia en el empleo, que el contrato de trabajo que una persona tiene con su empleador, esta se mantenga en el tiempo, que no termine de un momento a otro sin motivo.

Como es natural, todo persona, desea tener un trabajo estable, que no esté preocupado que al día siguiente deje de trabajar, es decir la estabilidad se dará siempre en cuando haya un contrato de trabajo. Sea este un contrato de trabajo a plazo indeterminado o plazo fijo, en el primer caso tendrá que una persona laborar cotidianamente, sin fecha de término del contrato, salvo las causales legales de terminación del contrato, en el segundo caso, el trabajador permanecerá dentro del plazo fijado en el contrato, la misma que debe ser respetada por el empleador, salvo que exista causal legal para la finalización de esta.

Históricamente se ha considerado que el contrato de trabajo, es un contrato de tracto sucesivo, que hay prestaciones que cumplir tanto del trabajador como del empleador, uno de prestar los servicios en el tiempo, en una jornada, por su parte la otra parte de cumplir con el pago de esa jornada de trabajo, es decir hay un principio de continuidad de la labor del trabajador subordinado. Martín Carrillo, (2001, p. 77) laboralista peruano nos indica sobre el tema “(...) es del principio de continuidad de donde dimana el concepto de la estabilidad que opera en los dos extremos de la relación laboral: en la contratación (con la llamada “estabilidad de entrada”) y en el despido (con la llamada “estabilidad de salida”).”

Es todo nos conlleva que en inicio un trabajador debe primero adquirir la estabilidad, la estabilidad de entrada y esta la adquiere superando el periodo de prueba que en el Perú es de tres meses, en el régimen laboral privado. Es decir no es suficiente que uno labore continuamente para adquirir la estabilidad, es necesario cumplir los requisitos legales para ello, más aun cuando la legislación laboral peruana y comparada permite al empleador, que dentro del periodo de prueba pueda prescindir unilateralmente al trabajador.

El artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sobre el periodo de prueba expresa: “El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o de adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar perjudicada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.”

En si la norma laboral indicada, permite que el periodo de prueba pueda prorrogarse por acuerdo de las partes, trabajador y empleador, cuando así se consideren más que todo en trabajadores calificados. En casos de que se le prescinda sus servicios a un trabajador que se encuentra dentro del periodo de prueba, que labore mínimamente cuatro horas, tiene

derecho a que se le abone el pago de su compensación por tiempo de servicios y vacaciones truncas.

Explicando el tema de la estabilidad en el empleo, ALONSO GARCIA, Manuel. (1975, p. 444). Laboralista español, las cuales el comparto indica que los ordenamientos jurídicos acusan su tendencia protectora del trabajador, y que la estabilidad del empleo se adquiere en ciertos casos, cuando el contrato de trabajo es por tiempo indefinido. Por su parte Neves Mujica (2003, p. 39) ayuda a complementar la idea de la estabilidad de entrada, cuando sostiene que en ésta se da preferencia por la contratación de duración permanente sobre la temporal.

En fundamento de la estabilidad laboral en un país, busca proteger que los trabajadores laboren más en trabajos permanentes que temporales, más indefinidos que los de plazo fijo, y además durante su vida laboral tenga permanencia, ello conlleva estabilidad familiar, social, económica.

2.2.5.2. La regulación de la estabilidad laboral en la organización internacional del trabajo. (OIT).

Veamos previamente ante de ingresar a la legislación peruana, su regulación internacional, por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que desde el año 1919, ha sido el ente rector de la regulación de los temas laborales en el mundo.

Y el tema de la estabilidad laboral, no lo ha sido ajeno y ella fue contemplada en el convenio de la OIT. Número 158 la misma que no fue ratificada por el Perú, el Convenio 158 de la OIT, se refiere sobre la Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, que

data de junio del año de 1982, la misma que es complementaria a la Recomendación 119, de la OIT. Recomendación sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, del año 1963..

Es decir en ambos casos solo se aborda la estabilidad de salida, la misma que está relacionada al despido, sin embargo la estabilidad de entrada, no fue contemplada por la OIT.

Nos preguntamos porque la OIT, no regulo la forma de adquirir la estabilidad laboral, considero al ser un tema muy polémico, deja que los Estados regulen internamente dicho aspecto.

Y sobre la estabilidad de salida, es decir en el tema del despido la recomendación 119, indica en el punto 2.1. “ No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio.”.

Sobre este tema las últimas dos constituciones peruanas, la regulan en el tema de trabajo.

Sobre el enfoque de la estabilidad en el mundo, actualmente ha cambiado si antes se buscaba la estabilidad en el empleo, asegurando tener “ trabajo “ durante la vida laboral de una persona, y así tener la seguridad económica personal, familiar, social. Ahora en que se vive en un mundo competitivo, globalizado, en donde ni siquiera las empresas llegan ser estables, surge el tema de que la estabilidad, resulte ser un asunto secundario, por cuanto ahora la mayoría de los jóvenes peruanos desean a como de lugar “trabajar” y es común de que pasen de una empresa a otra,

y es tan alta la demanda laboral que el mercado laboral peruano no llega a abastecer y si obtienen trabajo dependiente en muchos casos la remuneración es insuficiente para cubrir la canasta básica familiar; ello ha generado que los jóvenes peruanos en muchos casos emigren al exterior, en búsqueda de empleo.

Entonces resulta ser que el tema de estabilidad laboral, es un caso que solo atañe a un pequeño porcentaje de trabajadores, que no es la mayoría.

2.2.5.3. La estabilidad laboral en el Perú.

2.2.5.3.1. La Constitución Política de 1993.

La actual Constitución de 1993, expresa en su artículo 27°, “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. “

Conforme se aprecia, el constituyente del año 1993, sólo considero importante regular constitucionalmente la estabilidad de salida, dejando desprotegida la estabilidad de entrada, eso no significa que la ley no la regule, si lo hace, lo que pasa es que prevalecerá más un contrato de trabajo eventual, plazo fijo, que la de plazo indeterminado.

Pasco Cosmópolis (2000, pp.140-141) refiriéndose sobre el tema indica que la Constitución de 1993, ha morigerado la expresión, indicando que ésta se ha dado en dos formas, siendo la primera que no menciona explícitamente la estabilidad y en la segunda la referida a la frase que el trabajador gozará de adecuada protección contra el

despido arbitrario, y que la ley debe explicar los alcances de dichos conceptos.

2.2.5.3.2. Posición del tribunal constitucional peruano en el tema de la estabilidad laboral: estabilidad de salida.

El año 2004, surgió una larga polémica en el ambiente académico laboral como en entes representativos de las organizaciones de los trabajadores y empleadores, y el punto fue a consecuencia de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetrafel, expediente N° 1124-2001-AA/TC.

En si fue un proceso de amparo interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú en contra de las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Holding. S.A. fue con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, por cuanto hay un plan de despido masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la Empresa Telefónica del Perú. S.A.A. sostienen que se han vulnerado los siguientes derechos constitucionales:

.....A la igualdad ante la ley.

.....Al debido proceso.

.....a la legítima defensa.

.....al trabajo.

.....a la libertad sindical.

.....a la tutela jurisdiccional efectiva.

Particularmente el fundamento 12 de dicha sentencia está referida al derecho al trabajo.

El Tribunal Constitucional indica que:

“...Cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará adecuada protección frente al despido arbitrario, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional...”.

Lo que en si plantea el Tribunal Constitucional es que se debe respetar el contenido esencial del derecho del trabajo, la misma que significa como tener acceso a un puesto de trabajo y derecho a no ser despedido sin justa causa.

Es decir no puede haber despido sin causa, sin motivo, sin contenido, por ello cuestiona abiertamente al artículo 34° del D.S. 003-97-TR, cuando se refiere la norma en el segundo párrafo “ el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de indemnización..”, expresa el Tribunal Constitucional, que no basta que el legislador haya señalado que es un despido arbitrario, y una de las modalidades sea que el empleador despida a un trabajador sin

causa, incausadamente, y el trabajador busque su reparación pidiendo una indemnización frente a la actitud del empleador, si no que se debe respetar el derecho del trabajo, porque esa norma referida al artículo 34° de la ley citada es contradictoria con el artículo 22° de la carta magna, es incompatible con la Constitución. Es por ello que dispone en su fallo la inaplicabilidad del artículo 34° segundo párrafo del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por ello ordena el TC. La reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidos, y se abstenga de seguir.

En si la estabilidad laboral de salida, debe protegerse en todo momento, tanto a los trabajadores que estén en el régimen laboral privado o público o los regímenes especiales, el cese unilateral de la relación laboral por parte del empleador, denominado despido, la misma universalmente la tendencia aceptada es que sea CAUSAL, además esta causal debe ser una causa justa de despido, lo que en la legislación laboral privada peruana , señala que la misma debe ser en la conducta o capacidad del trabajador, previo a un procedimiento de despido, en la cual el trabajador tenga conocimiento de los hechos y ejerza su derecho de defensa.

2.3. Definiciones conceptuales

a) Contrato de Trabajo

Un contrato es un convenio que dos o más partes establecen para determinar los derechos y las obligaciones sobre una determinada materia. La idea de trabajo, por su parte, puede aludir a la actividad que se desarrolla a cambio de una remuneración.

Un contrato de trabajo, por lo tanto, es un documento que regula la relación laboral entre los empleadores y los trabajadores. Los contratos de trabajo pueden ser individuales o colectivos.

b) Extinción del contrato laboral

La extinción del contrato de trabajo es su desaparición como tal y el cese, por ende, de los derechos y obligaciones que el mismo implicaba para el trabajador y el empleador, sin perjuicio de que puedan sobrevivir temporalmente algunos accesorios y de que, según sea el caso, por el hecho y el modo de la extinción puedan nacer incluso créditos a favor del trabajador o sus causahabientes o del empleador. Como la regulación de los hechos que producen la extinción del contrato de trabajo y las consecuencias en cada caso dependen de cada legislación, existen diferencias según sea el país cuya normativa deba aplicarse.

c) Servicio personal

Se considera servicio personal toda actividad, labor o trabajo prestado directamente por una persona natural, que se concreta en una obligación de hacer, sin importar que en la misma predomine el factor material o intelectual, y que genera una contraprestación en dinero o en especie, independientemente de su denominación o forma de remuneración.

d) Subordinación Laboral

La subordinación, es un elemento primordial en una relación laboral, tanto que la sola existencia de esta circunstancia, puede ser suficiente para demostrar una relación laboral. La subordinación, es la facultar que tiene un patrono, empleador o contratante, de dar órdenes a sus empleados, de disponer de su capacidad y fuerza de trabajo según sus instrucciones, necesidades y conveniencias. El estar el trabajador obligado a cumplir con todas las órdenes e instrucciones que imparta su contratante, se convierte sin lugar a dudas, en un subordinado. Una de las circunstancias, o uno de los hechos más comunes de subordinación, es la obligación de cumplir un horario. Donde un trabajador debe cumplir un horario, donde debe pedir permiso para salir del trabajo o para falta a él, estamos frente a una subordinación, puesto que si no fuese así, el trabajador podría disponer de su tiempo según su conveniencia, siempre y cuando, claro está, cumpla con el objeto del contrato si este fuera de servicios, por ejemplo.

e) Régimen laboral

El servicio civil engloba a todas las personas que trabajan para el Estado. Para lograr una administración pública profesional eficaz al servicio de la ciudadanía, debe contarse con una carrera que permita atraer y retener el talento humano. En la actualidad, existen 15 regímenes laborales en las entidades del Estado, entre generales y especiales, lo cual conlleva a un desorden en la administración pública en la medida que cada régimen implica distintos derechos y deberes para los servidores públicos.

f) Remuneración

Cuando una persona realiza un trabajo profesional o cumple con una determinada tarea en una empresa, espera recibir un pago por su esfuerzo. Dicha recompensa o retribución se conoce como remuneración, un concepto que deriva del vocablo latino remuneratio.

2.4. Hipótesis de la Investigación

2.4.1. Hipótesis General

Si al contratar a los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, pero se encuentran bajo el régimen del contrato administrativo de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura en el año 2016, entonces se contraviene con una norma positiva y vigente.

2.4.2. Hipótesis Específicos

- a) Se ha determinado que el factor presupuestal influye para la contratación administrativa de servicios del personal obrero en la Municipalidad Provincial de Huaura.
- b) Sí el desconocimiento de los derechos laborales y la necesidad de trabajo de los obreros influyen para someterse al régimen CAS del personal obrero de la Municipalidad Provincial de Huaura.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Diseño Metodológico

Esta investigación es no experimental, porque se realiza sin manipular deliberadamente la variable y observa, observa y describe su objeto de investigación tal cual, en su ambiente natural.

Es una tesis de corte trasversal porque los datos se recolectarán en un único momento, su propósito es describir la variable y las dimensiones de cada una de ellas y las diferencias preferenciales en un determinado momento. (Hernández, Fernández y Baptista 2003, Pág. 270).

3.1.1. Tipo

La investigación es aplicada de nivel descriptivo, considerando que se describirá a la variable y sus dimensiones. En este caso se ha analizado el nivel de desconocimiento de los derechos laborales.

3.1.2. Enfoque

El enfoque de la investigación es cuantitativo debido a que utilizará la recolección y análisis estadísticos de datos para la demostración del establecimiento de los objetivos tanto general como los específicos y la mediación numérica, el conteo y frecuentemente el uso de la estadística para establecer con exactitud cuál es el nivel de conocimiento de los derechos laborales por parte de los trabajadores CAS en la Municipalidad Provincial de Huaura.

3.2. Población y Muestra

3.2.1. Población

La población materia de estudio se circunscribe a las unidades de observación siguientes: Personas.

La aplicación de los métodos y técnicas de investigación señalados nos permitieron recopilar la información necesaria para los efectos de contrastar la hipótesis planteada. Es por ello que la población a estudiar está conformada por trabajadores de la Municipalidad provincial de Huaura. 300 trabajadores.

3.2.2. Muestra

Siendo la población pequeña (300 trabajadores) hemos trabajado con una muestra del 20% de la población. La muestra ha sido conformada por 60 trabajadores.

3.3. Operacionalización de variables

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	ITEMS
(X) RÉGIMEN LABORAL DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728	X.1. Regulación positiva	X.1.1. Principios jurídicos labores	¿Pregunta?
		x.1.2. Derecho al trabajo	¿Pregunta?
		x.1.3. Código Procesal laboral.	¿Pregunta?
	X.2. Decreto legislativo 728	x.2.1. Norma que reconoce los derechos laborales	¿Pregunta?
		x.2.2. Utilidad y pertinencia	¿Pregunta?
		x.2.3. Costo laboral	¿Pregunta?
	X.3. aplicación de la norma	x.3.1. desmotivación	¿Pregunta?
		x.3.2. Importancia	¿Pregunta?
		x.3.3. petición de parte	¿Pregunta?

(Y) RÉGIMEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS (CAS)	Y.1. Aplicación en sede administrativa	Y.1.1. formalización de contrato	¿Pregunta?
	Y.2. Normas positivas	Y.3.1. Ordenanzas	¿Pregunta?
		Y.3.2. Contratos CAS	¿Pregunta?
		Y.3.1. sentencias	¿Pregunta?

3.4. Técnica de Recolección de Datos

Las técnicas e instrumentos utilizados en el presente trabajo de investigación se muestran a continuación:

3.4.1. Técnicas a emplear

- Observación no experimental, recopilación de datos y hechos presentes.
- Análisis documental
- Encuestas

3.4.2. Descripción de la Instrumentos

- a) **Encuestas:** Este instrumento cuenta con un cuestionario de preguntas obtenida de la problemática, e indicadores identificados.
- b) **Análisis documental:** Análisis doctrinario de las diversas referencias bibliográficas, así como de la jurisprudencia existente.
- c) **Uso de Internet:** Al que recurriremos con la finalidad de obtener datos e información teórico-científica recientes con relación a la problemática descrita en esta investigación.

3.5. Técnicas para el Procesamiento de la Información

El procesamiento de datos se realizará teniendo en cuenta: **Método del tanteo;** el que se utiliza principalmente para muestras sencillas y poco complejas; en esta investigación se toma en cuenta un reducido número de personas, procediendo al balance de datos sin contratiempos.

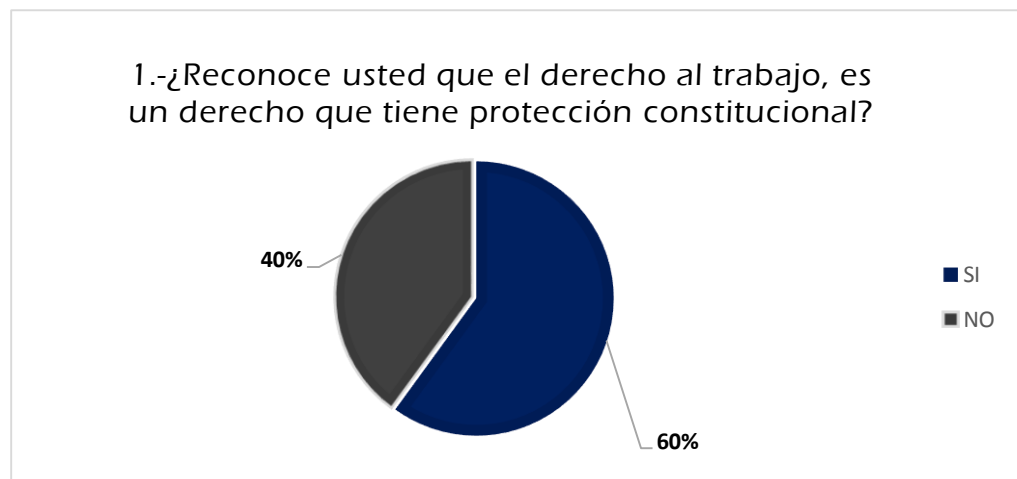
CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Resultados del trabajo de campo e interpretaciones.

Tabla N° 1		
1. ¿Reconoce usted que el derecho al trabajo, es un derecho que tiene protección constitucional?	Frecuencia	Porcentaje
SI	50	60%
NO	10	40%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Elaboración propia del autor.

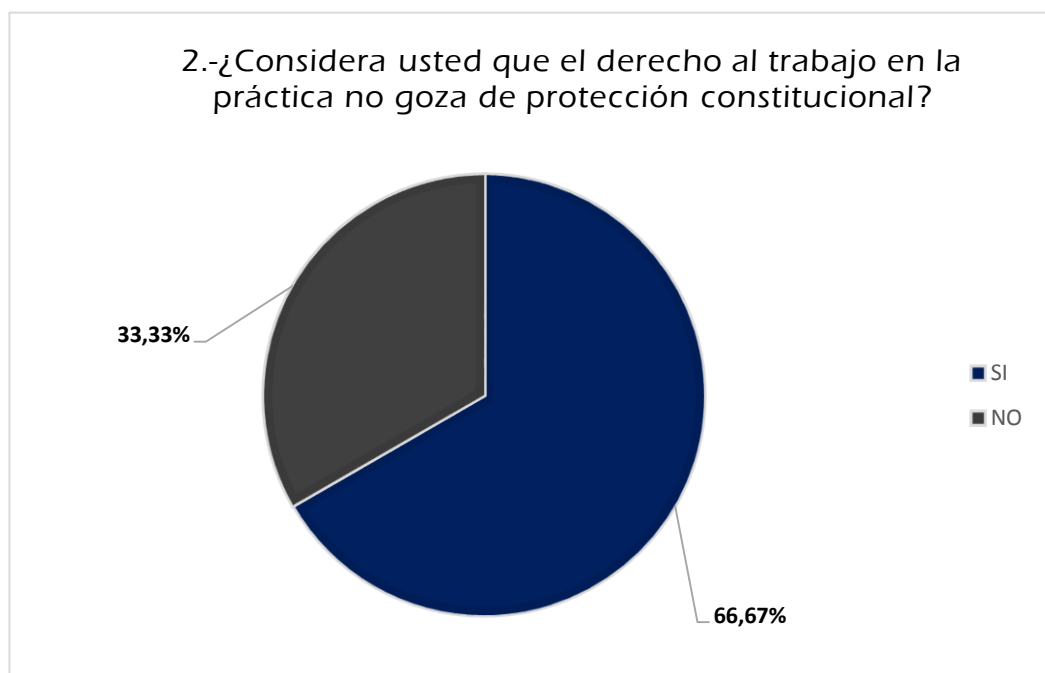


De la figura 01, que representa a la siguiente pregunta ¿Reconoce usted que el derecho al trabajo, es un derecho que tiene protección constitucional? Indicaron: un 60% el derecho de trabajo tiene protección constitucional y un 40% señalaron que no se encuentra protegido constitucionalmente.

De modo que, los trabajadores si tienen conocimiento del nivel de protección del derecho al trabajo.

Tabla N° 2		
2. ¿Considera usted que el derecho al trabajo en la práctica no goza de protección constitucional?	Frecuencia	Porcentaje
SI	40	66,67%
NO	20	33,33%
TOTAL	60	100%

Fuente: Elaboración propia del autor.

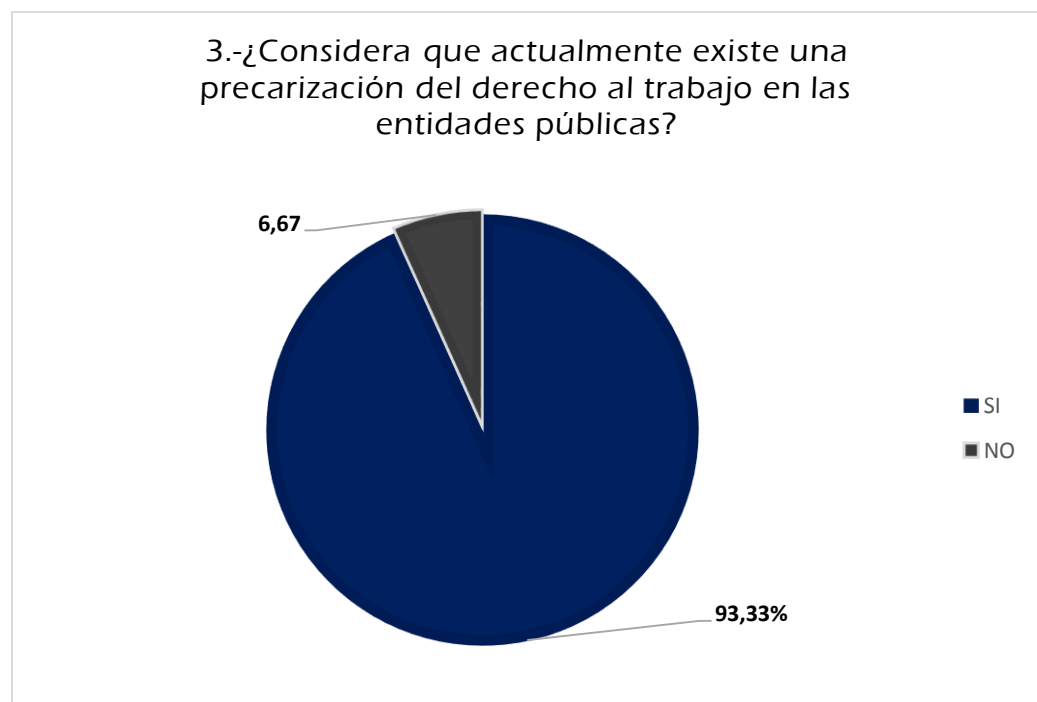


De la figura 02, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera usted que el derecho al trabajo en la práctica no goza de protección constitucional? Indicaron: un 66.67% que el derecho de trabajo no goza en la práctica con protección constitucional y un 33.33% señalaron que si goza de protección constitucional el derecho de trabajo.

Mayoritariamente, los trabajadores materia de muestra cree que el derecho al trabajo prácticamente no tienen protección.

Tabla N° 3		
3. ¿Considera que actualmente existe una precarización del derecho al trabajo en las entidades públicas?	Frecuencia	Porcentaje
Si	58	93.33%
NO	02	6,67%
TOTAL	60	100%

Fuente: Elaboración propia del autor.

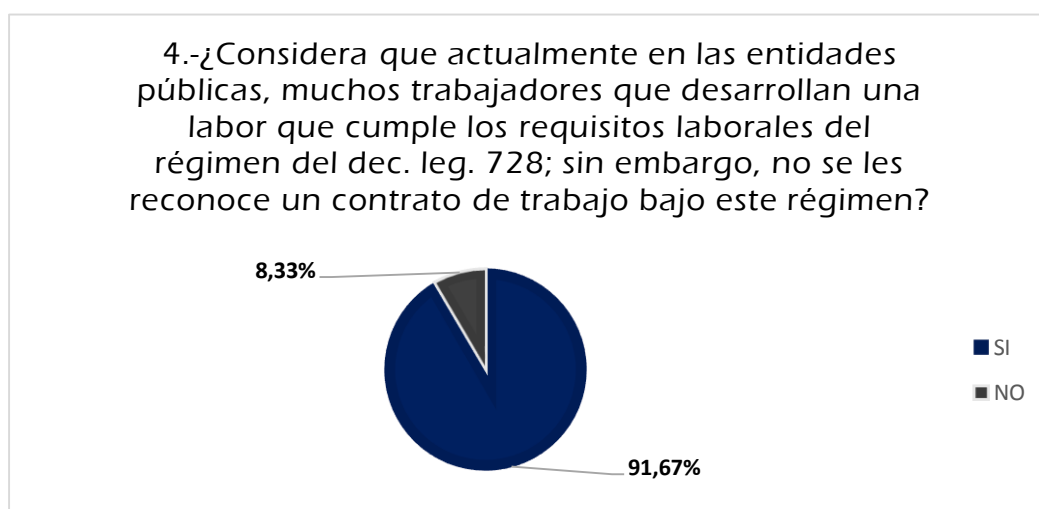


De la figura 03, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que actualmente existe una precarización del derecho al trabajo en las entidades públicas? Indicaron: un 93.33% que si existe una precarización del derecho al trabajo en las entidades públicas y un 6.67% señalaron que no existe una precarización en lo señalado.

La percepción es la precariedad del derecho al trabajo.

Tabla N° 4		
4. ¿Considera que actualmente en las entidades públicas, muchos trabajadores que desarrollan una labor que cumple los requisitos laborales del Régimen del Dec. Leg. 728; sin embargo, no se les reconoce un contrato de trabajo bajo este régimen?	Frecuencia	Porcentaje
Si	55	91,67%
NO	05	8,33%
TOTAL	60	100%

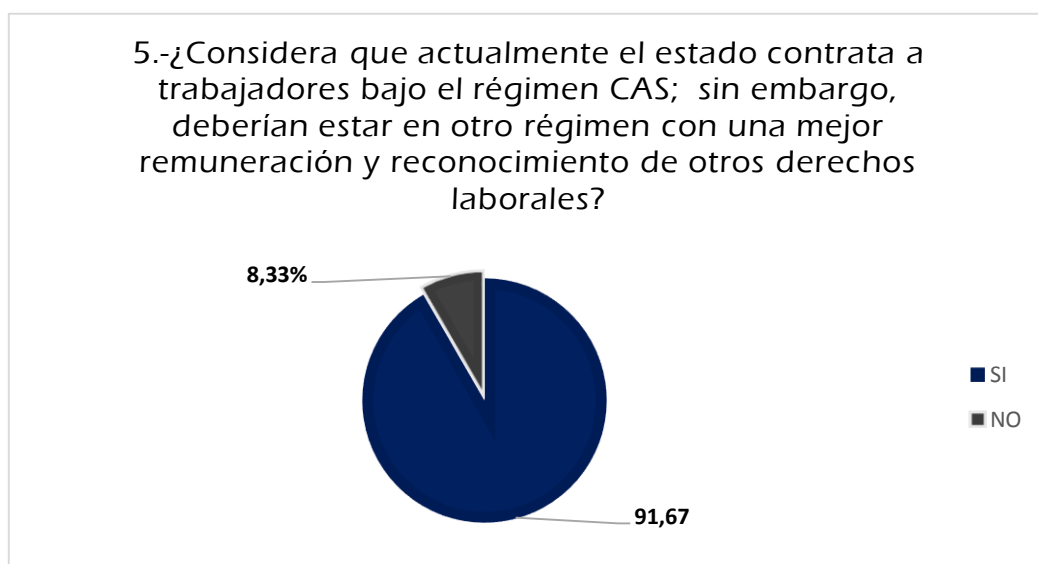
Fuente: Elaboración propia del autor.



De la figura 04, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que actualmente en las entidades públicas, muchos trabajadores que desarrollan una labor que cumple los requisitos laborales del Régimen del Dec. Leg. 728; Sin embargo, no se les reconoce un contrato de trabajo bajo este régimen? Indicaron: un 91.67% que actualmente las entidades públicas no reconocen a los trabajadores un contrato bajo este régimen, estando muchos de ellos desarrollando una labor que cumple los requisitos del régimen del DecLeg. 728, y un 8.33% señalaron que algunas empresas si reconocen a los trabajadores un contrato bajo este régimen. Es el Estado, la administración pública, no el sector privado, en donde más se vulnera los derechos laborales.

Tabla N° 5		
5. ¿Considera que actualmente el Estado contrata a trabajadores bajo el régimen CAS; sin embargo, deberían estar en otro régimen con una mejor remuneración y reconocimiento de otros derechos laborales?	Frecuencia	Porcentaje
Si	55	91,67%
NO	05	8,33%
TOTAL	60	100.00%

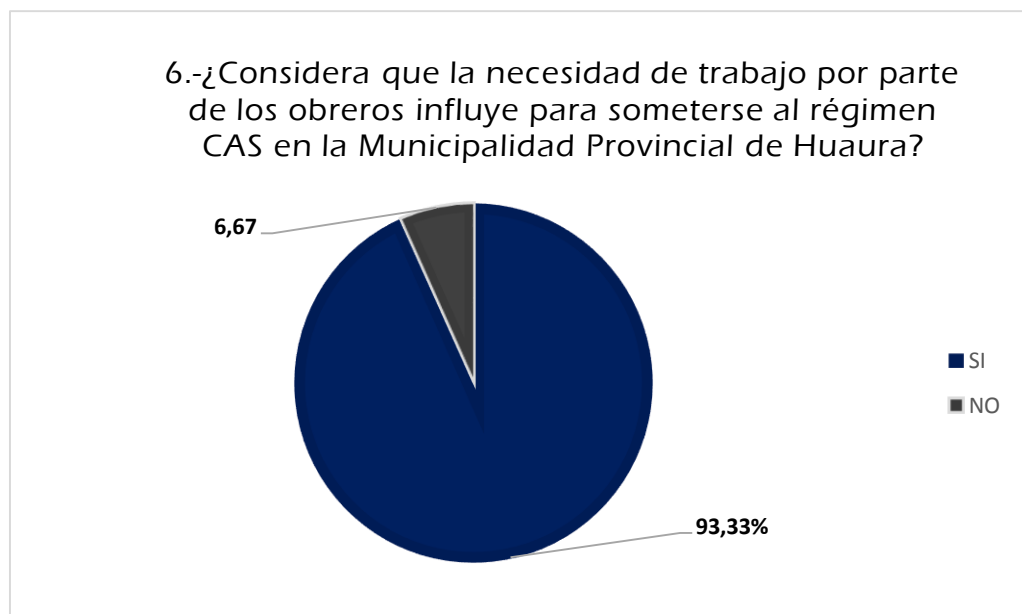
Fuente: Elaboración propia del autor.



De la figura 05, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que actualmente el Estado contrata a trabajadores bajo el régimen CAS; sin embargo, deberían estar en otro régimen con una mejor remuneración y reconocimiento de otros derechos laborales? Indicaron: un 91.67% que si deberían los trabajadores ser reconocido por otro régimen con una mejor remuneración y reconocimiento de otros derechos laborales y un 8.33% señalaron que no deberían estar los trabajadores en otro régimen laboral. Identifican como su expectativa trabajar bajo el régimen laboral del Dec., Leg 728, por concebirlo más ventajoso

Tabla N°6		
6. ¿Considera que la necesidad de trabajo por parte de los obreros influye para someterse al régimen CAS en la Municipalidad Provincial de Huaura?	Frecuencia	Porcentaje
Si	58	93,33%
NO	02	6,67%
TOTAL	60	100.00%

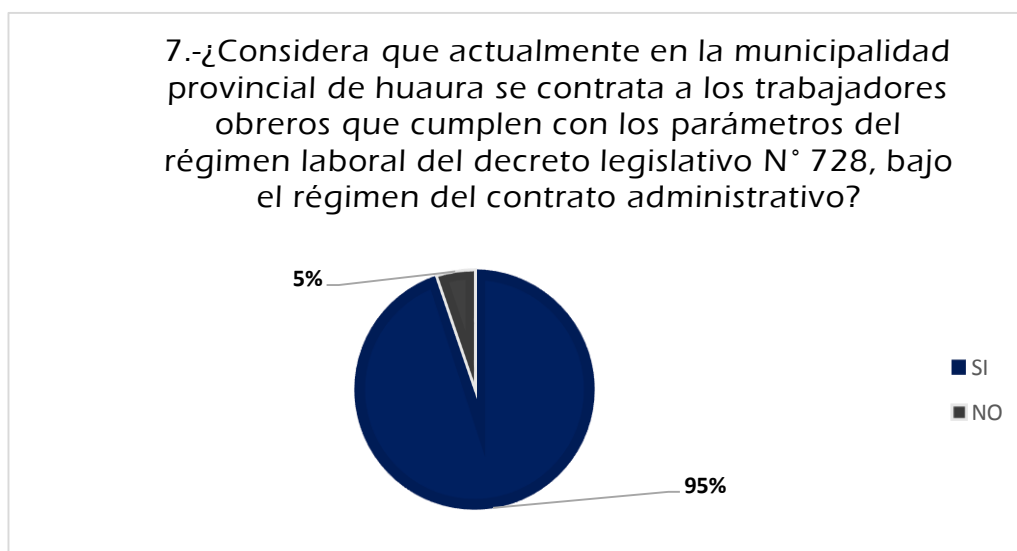
Fuente: Elaboración propia del autor.



De la figura 06, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que la necesidad de trabajo por parte de los obreros influye para someterse al régimen CAS en la Municipalidad Provincial de Huaura? Indicaron: un 93,33% que la necesidad de trabajo por parte de los obreros influye para someterse al régimen CAS de la Municipalidad Provincial de Huaura y un 6,67% señalaron que no es necesario para ingresar a dicho régimen laboral. Se los informado se colige que la demanda laboral escasa pone en desventaja a la oferta laboral.

Tabla N° 7		
7. ¿Considera que actualmente en la Municipalidad Provincial de Huaura se contrata a los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, bajo el régimen del contrato administrativo?	Frecuencia	Porcentaje
SI	57	95%
NO	03	5%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Elaboración propia del autor.



De la figura 07, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que actualmente en la Municipalidad Provincial de Huaura se contrata a los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, bajo el régimen del contrato administrativo? Indicaron: un 95% que la Municipalidad Provincial de Huaura contrata a trabajadores bajo el régimen CAS, incumpliendo los parámetros del régimen laboral DecLeg 728 y un 5% señalaron que no se contrata a dichos trabajadores bajo ese régimen laboral

Tabla N° 8		
8. ¿Considera que actualmente se contrata a los trabajadores obreros que cumplen con los requisitos del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, bajo el régimen del contrato administrativo en la Municipalidad Provincial de Huaura?	Frecuencia	Porcentaje
Si	60	100%
NO	00	0%
TOTAL	60	100.00%

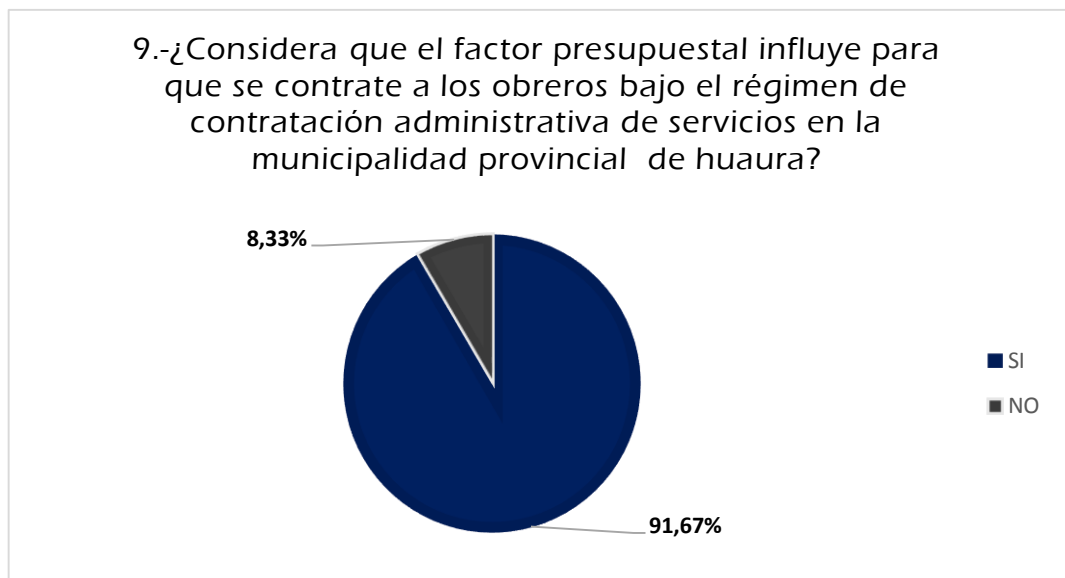
FFuente: Elaboración propia del autor.



De la figura 08, que representa a la siguiente pregunta. ¿Considera que actualmente se contrata a los trabajadores obreros que cumplen con los requisitos del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, bajo el régimen del contrato administrativo en la Municipalidad Provincial de Huaura? Indicaron: un 100% que la Municipalidad Provincial de Huaura contrato a los trabajadores bajo el régimen CAS, cumpliendo ellos con los parámetros del régimen laboral DecLeg 728 y un 0% señalaron que no se cumple ello.

Tabla N° 9		
9. ¿Considera que el factor presupuestal influye para que se contrate a los obreros bajo el régimen de contratación administrativa de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura?	Frecuencia	Porcentaje
Si	55	91,67%
NO	05	8,33%
TOTAL	60	100.00%

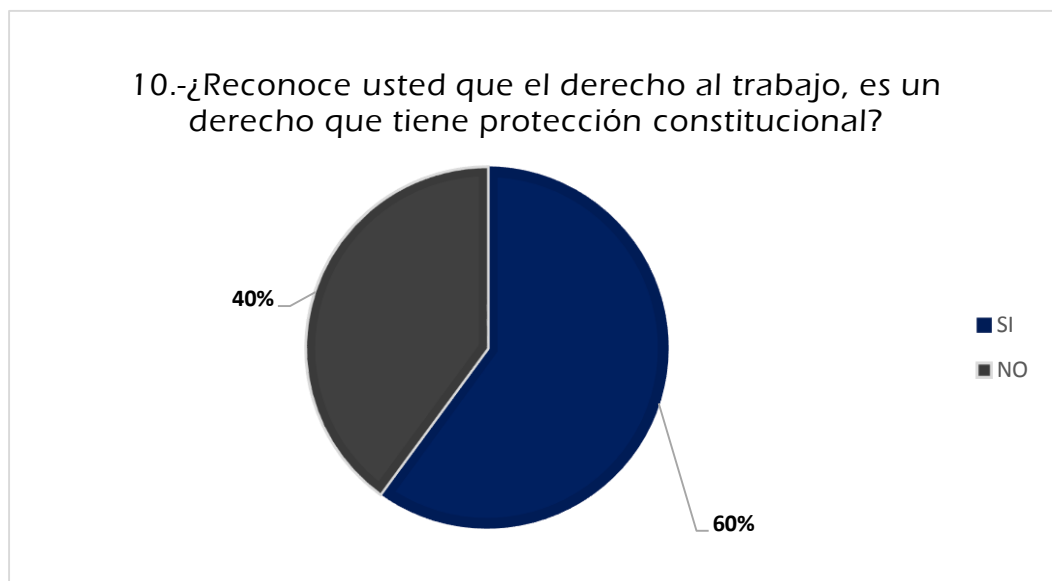
Fuente: Elaboración propia del autor.



De la figura 09, que representa a la siguiente ¿Considera que el factor presupuestal influye para que se contrate a los obreros bajo el régimen de contratación administrativa de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura? Indicaron: un 91,67% que si influye el factor presupuestal para contratar a los obreros bajo el régimen de contratación administrativa y un 8,33% señalaron que no influye el factor presupuestal para contratar a los obreros bajo ese régimen laboral. Conciben al factor de costos laborales, como el determinante que explica la predominancia del trabajador CAS.

Tabla N° 10		
10. ¿Considera que existe desconocimiento de sus derechos laborales por parte de los obreros para someterse al régimen CAS en la Municipalidad Provincial de Huaura?	Frecuencia	Porcentaje
Si	50	60%
NO	10	40%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Elaboración propia del autor.



De la figura 10, que representa a la siguiente pregunta ¿Considera que existe desconocimiento de sus derechos laborales por parte de los obreros para someterse al régimen CAS en la Municipalidad Provincial de Huaura? Indicarón: un 60% tener desconocimiento por parte de los trabajadores de sus derechos laborales y un 40% señalaron que algunos trabajadores conocen de sus derechos laborales.

4.2. Discusión

Habiendo realizado un estudio minucioso si considera que actualmente el Estado contrata a trabajadores bajo el régimen CAS por varios factores: Por tener menor costo laboral; porque el trabajador se ve sistemáticamente sometido a la aceptación de este régimen, sin poder optar en otro régimen con una mejor remuneración y reconocimiento de otros derechos laborales. Indicaron: un 91.67% que si deberían los trabajadores ser reconocido por otro régimen con una mejor remuneración y reconocimiento de otros derechos laborales y un 8.33% señalaron que no deberían estar los trabajadores en otro régimen laboral.

Entonces, debe primero hacerse cumplir las normas sobre los benéficos laborales y procurarse emanar políticas de Estado para que los trabajadores se encuentren protegidos.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- Actualmente en las entidades públicas, muchos trabajadores que desarrollan una labor que cumple los requisitos laborales del Régimen del Dec. Leg. 728; Sin embargo, no se les reconoce un contrato de trabajo bajo este régimen. Lo que les perjudica económicamente.
- Actualmente el Estado contrata a trabajadores bajo el régimen CAS; sin embargo, deberían estar en otro régimen con una mejor remuneración y reconocimiento de otros derechos laborales para que se advierta que el Estado cumple su función tuitiva en materia laboral.
- El factor presupuestal influye para que se contrate a los obreros bajo el régimen de contratación administrativa de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura, por cuanto resulta más económico para el Estado contratar bajo el régimen CAS y no en otro régimen.
- Existe desconocimiento de sus derechos laborales por parte de los obreros y también existe necesidad de trabajo, por lo que se someten al régimen CAS en la Municipalidad Provincial de Huaura

5.2. Recomendaciones

- Se recomienda que el Estado haga cumplir los derechos laborales a favor de los trabajadores del Estado.
- Se recomienda a los funcionarios del Estado a contratar a los trabajadores según sus necesidades y pagar los derechos que les corresponde.

- Los magistrados del Poder Judicial, específicamente los de la Corte Superior de Justicia de Huaura, frente a un incumplimiento laboral, deben atender la necesidad de trabajo de los trabajadores del Estado.
- Se recomienda brindar capacitaciones constantes a los trabajadores para que hagan valer sus derechos.

CAPÍTULO VI

FUENTES DE INFORMACIÓN

6.1. Fuentes bibliográficas

ALONSO GARCIA, Manuel. (1975). Curso de derecho del Trabajo. Editorial Ariel.

Barcelona, España.

BELTRÁN PUCHE Y SÁNCHEZ NEIRA (2002). Las relaciones Laborales Virtuales:

El Teletrabajo. Bogotá.

CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry (2005). “La Utilización Fraudulenta de la

persona jurídica, Jurista Editores, primera edición, setiembre.

CARRILLO CALLE, Martín. (2001). La Flexibilización del contenido laboral de la

Constitución. En Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima.

DE LAMA LAURA, Manuel y GONZALES RAMÍREZ, Luis. (2010).

Desnaturalización en las relaciones laborales. Editorial Gaceta Jurídica. Noviembre, Lima – Perú.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo (s/f). Introducción al Derecho del Trabajo.

Editorial Temis, Colombia.

NEVES MUJICA, Javier (2007). Introducción al Derecho de Trabajo. Peru.

NEVES MUJICA, Javier. (2003). Introducción al Derecho Laboral, Pontificia

Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima.

PASCO COSMÓPOLIS Mario, 2000. Derecho Laboral, Pontificia Universidad Católica del Perú. Selección de Textos. Lima.

TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, (2001). Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993. En Balance de la reforma laboral. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima.

6.2. Fuentes electrónicas

PACIFICO (2012). Actualidad Gubernamental. Investigado el 04.08.2017
http://agubernamental.org/web/adicionales/libros_virtuales/lv2012_cas/cas.pdf

REGIMENES LABORALES EN EL PERU. Investigado el 10 .08.2017 en:
<http://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%2020El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2018). Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Recuperado en: <http://www.rae.es/>

6.3. Fuentes Documentales

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ (1993). Sexta Edición. Lima: Editorial APECC.

ANEXOS

ANEXO 01: Matriz de Consistencia

TITULO	PROBLEMA	OBJETIVO	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGIA
<p style="text-align: center;">CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS Y LA DESNATURALIZACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DEL D.L. N° 728 EN LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAURA –2016 -</p>	<p>Problema General</p> <p>¿En qué medida los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, se encuentran bajo el régimen del contrato administrativo de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura en el año 2016?</p>	<p>Objetivo General</p> <p>Determinar si al contratar a los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, y se encuentran bajo el régimen del contrato administrativo de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura en el año 2016, se contraviene con una norma positiva y vigente.</p>	<p>Hipótesis General</p> <p>Si al contratar a los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, pero se encuentran bajo el régimen del contrato administrativo de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura en el año 2016, entonces se contraviene con una norma positiva y vigente.</p>	<p>Variable independiente:</p> <p>(VI) Régimen Laboral Del Decreto Legislativo N° 728</p> <p>Indicadores:</p> <p>X.1. Regulación positiva</p> <p>X.2. Decreto legislativo 728</p> <p>X.3. Aplicación de la norma</p>	<p>Diseño Metodológico: No experimental</p> <p>Tipo: Descriptivo.</p> <p>Enfoque: cuantitativo.</p> <p>Población y Muestra</p> <p>a) La población: Nivel de conocimiento de los derechos laborales por parte de trabajadores CAS en la Municipalidad Provincial de Huaura. 300 trabajadores.</p> <p>b) La muestra: 60 trabajadores.</p> <p>Técnicas y instrumentos:</p> <p>Entrevista y Encuesta</p>
	<p>Problemas Específicos</p> <p>¿En qué medida el desconocimiento de los derechos laborales y la necesidad de trabajo influyen para someterse al régimen CAS del personal obrero de la Municipalidad Provincial de Huaura?</p>	<p>Objetivos Específicos</p> <p>Analizar si el desconocimiento de los derechos laborales y la necesidad de trabajo de los obreros influyen para someterse al régimen CAS del personal obrero de la Municipalidad Provincial de Huaura.</p>	<p>Hipótesis Específicas</p> <p>Sí el desconocimiento de los derechos laborales y la necesidad de trabajo de los obreros influyen para someterse al régimen CAS del personal obrero de la Municipalidad Provincial de Huaura.</p>	<p>Variable dependiente:</p> <p>(VD) Régimen Del Contrato Administrativo De Servicios (Cas)</p> <p>Indicadores:</p> <p>Y.1. Aplicación en sede administrativa</p> <p>Y.2. Normas positivas</p>	

ANEXO 02. Evidencias del trabajo estadístico desarrollado

Instrumentos para la Toma de Datos



UNIVERSIDAD NACIONAL

“JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TESIS DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR GRADO DE ABOGADO.

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS Y LA DESNATURALIZACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DEL D.L. N° 728 EN LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE HUAURA –2016

Objetivo de la encuesta: Determinar el NIVEL DE CONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES.

Instrucciones: Lea cuidadosamente las preguntas y marque con un aspa (x) la escala que crea conveniente.

Escala valorativa:

SI	NO
----	----

	Población: 60 personas	SI	NO
1.	¿Reconoce usted que el derecho al trabajo, es un derecho que tiene protección constitucional?	50	10
2.	¿Considera usted que el derecho al trabajo en la práctica no goza de protección constitucional?	40	20
3.	¿Considera que actualmente existe una precarización del derecho al trabajo en las entidades públicas?	58	02
4.	¿Considera que actualmente en las entidades públicas, muchos trabajadores que desarrollan una labor que cumple los requisitos laborales del Régimen del Dec. Leg. 728; sin embargo, no se les reconoce un contrato de trabajo bajo este régimen?	55	05
5.	¿Considera que actualmente el Estado contrata a trabajadores bajo el régimen CAS; sin embargo, deberían estar en otro régimen con una mejor remuneración y reconocimiento de otros derechos laborales?	55	05
6.	¿Considera que la necesidad de trabajo por parte de los obreros influye para someterse al régimen CAS en la Municipalidad Provincial de Huaura?	58	02
7.	¿Considera que actualmente en la Municipalidad Provincial de Huaura se contrata a los trabajadores obreros que cumplen con los parámetros del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, bajo el régimen del contrato administrativo?	57	03

8.	¿Considera que actualmente se contrata a los trabajadores obreros que cumplen con los requisitos del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, bajo el régimen del contrato administrativo en la Municipalidad Provincial de Huaura?	60	00
9.	¿Considera que el factor presupuestal influye para que se contrate a los obreros bajo el régimen de contratación administrativa de servicios en la Municipalidad Provincial de Huaura?	55	05
10	¿Considera que existe desconocimiento de sus derechos laborales por parte de los obreros para someterse al régimen CAS en la Municipalidad Provincial de Huaura?	50	10