UNIVERSIDAD NACIONAL DE UCAYALI
ESCUELA DE POSGRADO



UNIVERSIDAD NACIONAL DE UCAYALI
09/10/14
BIBLIOTECA CENTRAL
UNU
43TM

EL USO INDISCRIMINADO DE LOS CONTRATOS POR SERVICIOS NO PERSONALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS IMPLICANCIAS JURÍDICAS

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

PRESENTADA POR:

JORGE FRANCK BARDALES BALAREZO

PUCALLPA – PERÚ

2013

DEDICATORIA

A Dios, mi eterno agradecimiento por ser el dador de mi vida y guiarme por el buen camino.

A mis padres por su apoyo incondicional. A mi madre por su infinita ternura A mi padre por su ejemplo de valor.

AGRADECIMIENTO

Mi reconocimiento y gratitud a la Universidad Nacional de Ucayali, a los docentes de la Maestría en Derecho Constitucional y Administrativo, que han contribuido a nuestra formación y superación académica.

A todas aquellas personas que de muchas maneras apoyaron la consolidación de ésta investigación.

RESUMEN

La presente investigación tuvo como problema principal: ¿Cómo se relaciona el uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública con sus implicancias jurídicas?.

La hipótesis que se demostró fue que existe una relación significativa entre el uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública y sus implicancias jurídicas. El tipo de investigación fue no experimental-explicativo, el diseño correlacional, la muestra fue de 200 abogados de la Provincia de Coronel Portillo y 300 expedientes de los juzgados civiles de esta Provincia; los instrumentos empleados fueron el cuestionario y la hoja de cotejo.

La principal conclusión a la que se arribó fue que la relación entre el uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública y sus implicancias jurídicas fue significativa, pues a una nivel de significancia del 0.01, el resultado de la aplicación de la prueba chi cuadrado fue 0.015.

Palabras claves: servicios no personales; implicancias jurídicas.

ABSTRACT

The present research had the main problem: How does the indiscriminate use of non-personal services contracts in public administration with its legal implications?.

The hypothesis was proved that there is a significant relationship between indiscriminate use of non-personal services contracts in the public administration and its legal implications. The research was not experimental-explanatory, correlational design, the sample was 200 attorneys Coronel Portillo Province and 300 records of the civil courts of this Province, the instruments used were the questionnaire and tally sheet.

The main conclusion of that incident was that the relationship between the indiscriminate use of non-personal services contracts in the public administration and its legal implications was significant as a significance level of 0.01, the result of applying the chi square test was 0.015.

Keywords: nonpersonal services; legal implications.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tuvo como objetivo determinar la relación entre del uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública y sus implicancias jurídica, que es una de las figuras laborales denominada no laboral o no autónoma, la misma que viene siendo pasible de una problemática desnaturalización.

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

El valor de la justicia es la luz que guía a los estados democráticos de derechos en el mundo y precisamente los profesionales de las leyes encontramos en el contenido de este concepto el pilar fundamental que inspira nuestro trabajo jurídico-social , convencido que la lucha por la justicia es un camino forzado y los abogados tenemos un compromiso especialmente relevante a nivel constitucional, primero como ciudadanos en defensa de la patria y luego como sujetos de derecho, decididos a mejorar el Sistema de Justicia en nuestro país, manifiesto a través de sus diferentes mecanismos de control social.

Esto significa que solo a través del auténtico cumplimiento de los roles sociales asignados a los abogados, operadores del derecho, auxiliares del derecho e instituciones del Sistema de Justicia tendremos éxito en nuestro intento por lograr la justicia.

Las aplicaciones de cada técnica produjeron un conjunto de datos que organizamos y clasificamos con sus códigos correspondientes que sirvieron para producir la tabulación y análisis dando lugar a los resultados que confirma el cuerpo de la hipótesis.

El cuerpo del informe se presenta en cinco capítulos, los mismos que distribuyen los componentes fundamentales de la investigación; así el Capítulo I expone la Realidad Problemática, desagregando en una caracterización puntual de los contratos por servicios no personales y sus implicancias jurídicas, para luego formularlo a través de preguntas el problema general y los específicos También se plantea los objetivos e hipótesis de investigación , también se resalta la justificación e importancia , las delimitaciones que han marcado la viabilidad del estudio, así como la finalidad e importancia del estudio ,finalizando con las limitaciones.

El Capítulo II está dedicado a los fundamentos teóricos que describen los antecedentes y las bases que sustentan los argumentos que se hacen en cada variable. El Capítulo III describe el método aplicado, dando cuenta el tipo de investigación y el diseño, así como la población y la muestra para terminar con las técnicas de recolección de datos y el análisis que se propuso realizar. El Capítulo IV dedica el contenido a los resultados de la investigación, presentándose las aplicaciones de cada técnica, análisis estadísticos e interpretaciones, lo que da lugar a la discusión y contrastación de la hipótesis descriptiva.

Se presenta también las conclusiones y las recomendaciones así como referencias bibliográficas suficientemente amplias. Al final, los aspectos complementarios traducidos en anexos como el glosario de términos y los instrumentos utilizados en el estudio.

ÍNDICE DEL CONTENIDO

Pág.

DEDICATORIA.....ii
AGRADECIMIENTO.....iii
RESUMEN.....iv
ABSTRACT.....v
INTRODUCCIÓN.....vi
ÍNDICE.....viii
ÍNDICE DE TABLAS.....xi
ÍNDICE DE GRÁFICOS.....xiii

CAPÍTULO I: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema..... 01
1.2. Formulación del Problema..... 05
1.2.1. Problema General..... 05
1.2.2. Problemas Específicos..... 05
1.3. Objetivo..... 07
1. 3.1. Objetivo General..... 07
1. 3.2. Objetivos Específicos..... 07
1.4. Hipótesis..... 08
1.4.1. Hipótesis Principal..... 08
1.4.2. Hipótesis Secundarias..... 08
1.5. Variables..... 09
1.6. Justificación e importancia..... 10
1.7. Viabilidad..... 10
1.8. Limitaciones..... 11

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes.....12
2.2. Bases Teóricas.....14
2.2.1 Bases teóricas sobre Contrato por SNP, en la Administración Pública.....15

2.2.1.1Contratos de la Administración Pública.....18
2.2.1.2 Contrato en General y Contrato de la Administración Pública.....19
2.2.1.3 Teoría General del Contrato Administrativo.....23
2.2.1.4 Servicios No Personales.....34
2.2.1.**5** Temporalidad del contrato de Servicios No Personales.....36
2.2.1.6 La subordinación.....36
2.2.1.7 Problemática de los Servicios No Personales.....37
2.2.1.8 Principios.....43
2.2.1.9 Servidor público.....54
2.2.1.10 Teorías relativas a la naturaleza jurídica del empleo público.....63
2.2.1.11 Carrera Administrativa Pública en el Perú.....66
2.2.2. Implicancias Jurídicas.....76
2.2.2.1 Proceso de Amparo y Estabilidad Laboral Ficta.....76
2.2.2.2 Derechos protegidos.....79
2.2.2.3 Derechos no protegidos.....80
2.2.2.4 Legitimación.....80
2.2.2.5 Representación Procesal.....80
2.2.2.6 Procuración Oficiosa.....81
2.2.2.7 Demanda.....81
2.2.2.8 Acumulación subjetiva de oficio.....82
2.2.2.9 Plazo de interposición de la demanda.....83
2.2.2.10 Agotamiento de las vías previas.....83
2.2.2.11 Calificación del Juez.....83
2.2.2.12 Juez competente y plazo de resolución en corte.....84
2.2.2.13 Contenido de la sentencia fundada.....86
2.2.2.14 Ejecución de sentencia.....87
2.2.2.15 Rasgos esenciales del proceso de amparo.....87
2.2.2.16 La estabilidad laboral ficta.....89
2.3.- Definiciones Conceptuales.....92

CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de investigación.....101
3.2. Diseño y Esquema de Investigación.....102

3.3 Población y muestra 103
3.4 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.....103
3.5. Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos.....103
3.6. Análisis e interpretación de Datos.....104

Capitulo IV: Resultados

4.1. Presentación de resultados.....106

Capítulo V: Discusión de Resultados

5.1. Discusión y contrastación de resultados..... 118
5.2. Conclusiones..... 132
5.3. Recomendaciones.....134
5.4 Referencias Bibliográficas..... 136
Anexos..... 138

ÍNDICE DE TABLAS

Pág.

Tabla N°01. Los contratos por servicios no personales en el marco constitucional, 2008-2010..... 107

Tabla N°02. Los contratos por servicios no personales relacionados con el reconocimiento de los derechos fundamentales contemplados en la constitución política periodo, 2008-2010..... 108

Tabla N°03. Los contratos por servicios no personales relacionados con la dotación de una normatividad apropiada a las formas contractuales periodo ,2008-2010..... 109

Tabla N° 04. Los contratos por servicios no personales relacionados con el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por la Administración Pública, 2008-2010..... 110

Tabla N° 05.Relación de la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales con el test de proporcionalidad e igualdad, período 2008-2010..... 111

Tabla N°06. Los contratos por servicios no personales relacionados con la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, período 2008-2010..... 112

Tabla N°07. Los contratos por servicios no personales relacionados con la vulneración del principio-derecho de igualdad ante la ley, 2008-2010..... 113

Tabla N°08 Sentencias del Tribunal Constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública periodo 2008- 2010. 114

Tabla N°09. Relación entre el factor de carácter jurídico y las sentencias del Tribunal Constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública, periodo 2008-2010..... 115

Tabla N°10. Relación entre el factor de carácter económico y las sentencias del Tribunal Constitucional frente a los contratos por servicios no personales en la administración pública, periodo 2008-2010..... 116

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Pág.

Gráfico de la Tabla 01. Los contratos por servicios no personales son compatibles con el marco constitucional ,2008-2010..... 107

Gráfico de la Tabla 02. Los contratos por servicios no personales reconocen los derechos fundamentales contemplados en la constitución política periodo ,2008-2010..... 108

Gráfico de la Tabla 03. Existe dotación de una normatividad apropiada a las formas contractuales periodo ,2008-2010..... 109

Gráfico de la Tabla 04. Los contratos por servicios aseguran el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por la Administración Pública, 2008-2010.... 110

Gráfico de la Tabla0 5. Relación de la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales con el test de proporcionalidad e igualdad, 2008 2010..... 111

Gráfico de la Tabla0 6. Los contratos por servicios no personales relacionados con la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, período 2008- 2010..... 112

Gráfico de la Tabla.07 Los contratos por servicios no personales relacionados con la vulneración del principio-derecho de igualdad ante la ley, período 2008-201..... 113

Gráfico de la Tabla.08 Sentencias del Tribunal Constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública periodo 2008- 2010.... 114

Gráfico de la Tabla 09. Relación entre el factor de carácter jurídico y las sentencias del Tribunal Constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública, periodo 2008-2010..... 115

Gráfico de la Tabla 10. Relación entre el factor de carácter económico y las sentencias del Tribunal Constitucional frente a los contratos por servicios no personales en la administración pública, periodo 2008-2010..... 116

CAPÍTULO I
EL PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Desde hace muchos años, se inició en el Perú la llamada modernización del Estado, cuya nota más característica fue la reducción del número y estructura de las entidades públicas, así como del número de servidores públicos. Esto se ha venido reforzando progresivamente en los distintos gobiernos de turno, quienes han dictado diversas medidas legales para mejorar el servicio público, pero, paradójicamente, el Estado ha demostrado también que no puede llevar a cabo sus actividades con un reducido número de trabajadores. En cierto modo, esta situación ha sido provocada por la necesidad de atender las exigencias legales en cuanto a la resolución de los procedimientos administrativos y por la presión de la demanda por parte de los administrados.

Ante la imposibilidad de incorporar nuevo personal con vínculo laboral, el vacío dejado por los trabajadores permanentes, ha sido llenado paulatinamente por trabajadores contratados bajo la modalidad de Servicios No Personales, cuyas actividades se rigen por el Código Civil, referido al contrato de Locación de Servicios, Artículos 1764° a 1770°. Asimismo, otras normas complementarias en materia presupuestaria y de racionalidad del gasto público, así como la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, normaron tales actividades.

Al respecto, se debe precisar que el Artículo 1760° del Código Civil, establece el límite de la prestación de los servicios. El Artículo 1764°, por su parte, determina que la prestación de servicios sea por un tiempo determinado, lo que en la práctica no se respeta y, generalmente, se excede el ejercicio presupuestal, vía prórroga del contrato. En concordancia con esta norma, las Leyes Anuales de Presupuesto y los dispositivos sobre racionalidad en el gasto público, establecen que este

tipo de contratos solo deben suscribirse para el cumplimiento de funciones no habituales, es decir que no sean desempeñadas por el personal de la entidad, y por un plazo determinado, sin subordinación ni dependencia.

Con respecto a la duración del contrato, el Artículo 1768° del Código Civil, señala un máximo de seis años para servicios profesionales y de tres años para otra clase de servicios. No obstante, razones de manejo de presupuesto obligan a las entidades a contratar personal por un máximo de un ano, pero el contrato no establece la renovación automática en caso de excederse el plazo fijado. La finalización unilateral del contrato, en cambio, se encuentra prevista en el Artículo 1769°.

Por último, el Artículo 1770°, dispone que los Artículos precedentes, son aplicables si el locatario proporciona los materiales. Teniendo en cuenta que los servicios no personales realizan labores de carácter permanente, las entidades tienen que asumir fuertes gastos en servicios, materiales, mobiliario, equipos y otros.

Anualmente, el Estado ha dictado sucesivas normas de racionalidad en el gasto público, a partir del año 1999, que incluyen medidas restrictivas de la contratación de nuevo personal por la modalidad de servicios no personales.

Sin embargo, la administración pública incorporó progresivamente una gran cantidad de personal por Servicios No Personales, sin respetar las restricciones legales ni los requisitos establecidos para la incorporación, además de no prever las consecuencias futuras de tales incorporaciones.

A pesar de la normatividad existente hasta la fecha, el Estado no reconoce a los servidores que se encuentran bajo la modalidad de servicios no personales, vínculo laboral alguno, lo que lo excluiría de

responsabilidad administrativa en caso de comisión de faltas. Sin embargo, el Artículo 1° de la Ley N° 24041, establece que ningún trabajador contratado por más de un año, puede ser separado del servicio sin previo proceso administrativo disciplinario, tal como lo establece el Artículo 163 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, lo que significa que si se les puede atribuir la citada responsabilidad.

Diversas sentencias del Tribunal Constitucional, que ordenan la reposición de trabajadores por la modalidad de servicios no personales amparados en la citada norma, han sentado jurisprudencia de cumplimiento obligatorio para todas las entidades públicas.

El Artículo 1° de la Ley N° 24041 guarda concordancia con el Artículo 1418° del Código Civil, referido a Contratos Preparatorios. Dicho Artículo establece que la negativa injustificada a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a exigir judicialmente la celebración del contrato y solicitar se deje sin efecto el compromiso de contratar.

Asimismo, en uno u otro caso hay lugar a la indemnización de danos y perjuicios. Sin embargo, los contratos por la modalidad de Servicios No Personales tendrían a ser contratos atípicos, puesto que no existe ninguna ley específica que regule su existencia y actividad, siendo únicamente mencionados en las leyes Anuales de Presupuesto.

No obstante las normas legales antes enunciadas y la existencia de jurisprudencia, los responsables de la gestión de personal de las entidades públicas continúan llevando a cabo acciones violatorias de la legalidad, así como de los derechos de los trabajadores contratados por dicha modalidad, generándose de este modo una aparente estabilidad laboral que en la práctica es inexistente, similar a la señalada por el

Artículo 24°, inciso b) del Decreto Legislativo N° 276 para los servidores de carrera.

Mediante Decreto Supremo N° 004-2001-TR se creó la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central, refiriéndose a los trabajadores contratados bajo la modalidad de Servicios No Personales, dicha Comisión señaló en su Resumen Ejecutivo, publicado el 15 de julio de 2001, lo siguiente:

"La contratación de personal para la prestación de servicios al Estado, especialmente en las entidades cuyo régimen laboral es el público, se ha venido produciendo en los últimos años en forma no contemplada por dicha norma, a través de una modalidad sui generis denominada contrato de servicios no personales, habiéndose empleado también otras formas contractuales cuyo contenido no se adecúa a las exigencias jurídicas, y que no contempla de manera equitativa un régimen de derechos y beneficios.

El denominado contrato por servicios no personales no corresponde a ninguna categoría jurídica conocida o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios y tampoco una adecuada precisión legal, pues hasta ahora, salvo menciones aisladas en normas dispersas, como por ejemplo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se han precisado sus alcances a través de ninguna norma específica. Esta falta de regulación adecuada genera un vacío legal que podría dar lugar a interpretaciones que, extrapolando conceptos del derecho administrativo y del derecho laboral, apliquen a estos contratos principios o criterios inadecuados y hasta incompatibles con su naturaleza."

Dicha Comisión estimó también, que al año 2001 el porcentaje de trabajadores por Servicios No Personales alcanzaba el 40,2% de servidores estatales, solo en la Administración Pública Central.

Más adelante, con respecto al vínculo Estado-servidor público, la Comisión señala:

"Estos regímenes se sujetan a principios, criterios y normas disímiles entre si: el régimen público, de naturaleza estatutaria, está regido por el derecho administrativo; el régimen privado, de naturaleza contractual, se regula por el derecho laboral; a los contratos de servicios no personales no corresponde ninguna regulación legal específica, cuyo contenido no está regulado legislativamente".

Debe tomarse también en cuenta lo previsto por el Artículo 2° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, que señala: "La Carrera Administrativa comprende a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Publica; con excepción de los trabajadores de las empresas del Estado cualquiera que sea su forma jurídica, así como de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes en ningún caso les será de aplicación las normas del Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento".

En este caso, a los trabajadores contratados por la modalidad de Servicios No Personales, el principio de primacía de la realidad les asigna una situación similar a lo establecido por la norma en comentario, debido a que realizan labores de carácter permanente.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿Cómo se relaciona el uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública con sus implicancias jurídicas?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

¿De qué manera los contratos por servicios no personales se relaciona con el marco constitucional, período 2008-2010?

¿De qué manera los contratos por servicios no personales se relacionan con el reconocimiento de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política, período 2008-2010?

¿De qué manera los contratos por servicios no personales se relacionan con una normatividad apropiada a las formas contractuales, período 2008-2010?

¿De qué manera los contratos por servicios no personales se relacionan con el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por la Administración Pública, período 2008-2010?

¿De qué manera la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales se relacionan con el test de proporcionalidad e igualdad, período 2008-2010?

¿De qué manera los contratos por servicios no personales se relacionan con la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, período 2008-2010?

¿De qué manera los contratos por servicios no personales vulnera el principio derecho de Igualdad ante la Ley, período 2008-2010?

¿De qué manera los contratos por servicios no personales en la administración pública se relacionan con el factor de carácter jurídico y las sentencias del Tribunal Constitucional, período 2008-2010?

¿De qué manera los contratos por servicios no personales en la administración pública se relacionan con el factor de carácter económico y las sentencias del Tribunal Constitucional, periodo 2008-2010?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL

Determinar la relación entre el uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública con sus implicancias jurídicas.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Determinar de qué manera los contratos por servicios no personales se relacionan con el marco constitucional, período 2008-2010

Determinar de qué manera los contratos por servicios no personales se relacionan con el reconocimiento de los derechos fundamentales contemplados en la constitución política, periodo, 2008-2010

Determinar de qué manera los contratos por servicios no personales se relacionan con una normatividad apropiada a las formas contractuales, periodo 2008-2010.

Determinar de qué manera los contratos por servicios no personales se relacionan con el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por la Administración Pública, periodo 2008-2010.

Determinar de qué manera la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales se relacionan con el test de proporcionalidad e igualdad, periodo 2008-2010.

Determinar de qué manera los contratos por servicios no personales se relacionan con la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, período 2008- 2010.

Determinar de qué manera los contratos por servicios no personales vulnera el principio derecho de Igualdad ante la Ley 2008-2010.

Determinar de qué manera los contratos por servicios no personales en la administración pública se relacionan con el factor de carácter jurídico y las sentencias del Tribunal Constitucional, periodo 2008-2010.

Determinar de qué manera los contratos por servicios no personales en la administración pública se relacionan con el factor de carácter económico y las sentencias del Tribunal Constitucional, periodo 2008-2010.

1.4. HIPÓTESIS

1.4.1. HIPÓTESIS PRINCIPAL

Existe una relación significativa entre el uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública y sus implicancias jurídicas.

1.4.2. HIPÓTESIS SECUNDARIAS

Los contratos por servicios no personales tienen una relación significativa con el marco constitucional, período 2008-2010.

Los contratos por servicios no personales se relacionan negativamente con el reconocimiento de los derechos fundamentales contemplados en la constitución política, período 2008-2010.

Los contratos por servicios no personales no se relacionan es significativamente con una normatividad apropiada a las formas contractuales, periodo 2008-2010.

Los contratos por servicios no personales no se relacionan con el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por las Administración Pública, período 2008-2010.

La constitucionalidad de los contratos por servicios no personales no se relacionan significativamente con el test de proporcionalidad e igualdad, periodo 2008-2010.

Los contratos por servicios no personales se relacionan significativamente con la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, período 2008- 2010.

Los contratos por servicios no personales vulnera el principio derecho de Igualdad ante la Ley, período 2008-2010.

Los contratos por servicios no personales en la administración pública se relacionan con el factor de carácter jurídico y las sentencias del Tribunal Constitucional, periodo 2008-2010

Los contratos por servicios no personales en la administración pública se relacionan con el factor de carácter económico y las sentencias del Tribunal Constitucional, periodo 2008-2010.

1.5. VARIABLES

Variable: Contratos por servicios no personales

Dimensiones:

Naturaleza y condiciones del contrato.

Funciones asignadas.

Regulación legal.

Contraprestación por el servicio.

Variable: Implicancias jurídicas

Dimensiones:

Consecuencia o secuela

Incompatibilidad moral o legal

Decisiones

1.6. Justificación e importancia

La búsqueda de mejora del servicio público mediante la reducción de la estructura del Estado, ha traído otros males, producto de la necesidad de atender los procedimientos, pero también del clientelares político.

Una relación contractual, aparentemente amparada en forma debida en el Código Civil y demás normas sobre la materia, pero atípica en su naturaleza, se ha tornado sumamente compleja, al punto que tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, actuando con equidad y justicia, han sancionado el irregular accionar de las entidades públicas en cuanto al despido de trabajadores contratados por la modalidad de Servicios No Personales. Y por todo ello, considero que el presente trabajo encuentra su máxima justificación, ya que es un tema que aún no se resuelve en la administración pública, siendo un tema central de campaña de cuanto candidato político se presente, pero que a la hora de tomar decisiones sobre el tema, no afrontan el problema de manera directa.

La doctrina considera que la estabilidad es la garantía que impide que los gobiernos que suceden a otros, produzcan cesantías en masa, invocando excusas pueriles, para nombrar a su clientela política.

Esta situación de hecho no puede ser soslayada por los responsables de la gestión pública y, por el contrario, merece un adecuado análisis desde el punto de vista jurídico, porque afecta la función pública en cuanto al respeto de la legalidad. De ahí que, resulta importante la realización de una tesis como la que se propone desarrollar, por ser un tema aún vigente y muy delicado por los diversos matices que presenta.

1.7. VIABILIDAD

Este proyecto es factible de ser realizado, por cuanto existe disponibilidad del investigador para su realización.

1.8. LIMITACIONES

Entre las limitaciones del presente proyecto de investigación tenemos las siguientes:

- Limitado acceso a la bibliografía especializada.
- Reserva de la información por la administración pública.
- Poca disponibilidad de tiempo del investigador.

CAPÍTULO II
MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES

Blancas (2007) considera que "tres son los elementos constitutivos de la relación laboral –o del contrato de trabajo– que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia admiten pacíficamente: a saber, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación o dependencia". Por su parte, Neves (2004) señala que "los elementos esenciales –prestación personal, subordinación y remuneración– no pueden faltar en un contrato, y nos permiten distinguirlo de otro de naturaleza civil o comercial". Para Toyama (2205), el contrato de trabajo puede ser entendido "como un negocio jurídico por el cual el trabajador presta sus servicios personales por cuenta ajena en una relación de subordinación a cambio de una remuneración".

Beltrán (2007) refiere, en lo que respecta al contrato de locación de servicios, el cual se encuentra regulado en los artículos 1764° y siguientes del Código Civil, que: "Es aquel contrato típico y nominado, en virtud del cual un sujeto denominado 'locador' asume, en la relación jurídica obligatoria creada (como deudor), la situación de desventaja de deber jurídico (de prestación de hacer) por la que se compromete a realizar una conducta que tiene por objeto un 'servicio' (material o intelectual, conforme al artículo 1765° del Código Civil), teniendo el derecho subjetivo (como acreedor) respecto del sujeto denominado 'comitente o locatario' al pago de una retribución".

Según Bielsa (1960), "la realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que, en sentido lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el Estado".

Marienhoff (2003), a diferencia de lo establecido por el Artículo 3° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, hace una distinción con respecto a lo que el dispositivo legal comentado considera como elemento principal para definir al servidor público:

"El concepto de funcionario público o de empleado público no se caracteriza por la índole de la designación o forma de ingresar a la Administración Publica, sino, ante todo, por la realización o cumplimiento de funciones esenciales y especificas propias de la Administración Pública, o por la contribución a que tales funciones sean realizadas... "

De acuerdo a nuestra legislación, para efectos de la presente investigación, definimos al servidor público como aquella "persona física que ha formalizado una relación jurídico laboral con el Estado, mediante contrato por servicios personales o no personales, nombramiento o designación, para realizar labores de naturaleza específica y permanente a nombre del Estado, con relación de dependencia hacia este y recibiendo un pago a cambio de sus servicios, de acuerdo a una jerarquía".

Beltrán (2013), en su investigación sobre Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el estado señala "...que se debe tener en cuenta que la gran mayoría de los contratos de Servicios No Personales fueron desnaturalizados, pues se puso en evidencia a través de distintas sentencias emitidas por los organismos jurisdiccionales, que reconocían que la labor que desempeñaban era de naturaleza permanente y estaban sujetos a subordinación, a pesar de ser esta subordinación una de las características principales que identifica a una relación como laboral y no civil; es decir que la labor que desempeñaban estos servidores era igual a la labor que desempeñaban los trabajadores que ingresaron a trabajar para el Estado vía concurso público, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa-Decreto Legislativo No. 276, a quienes si se les reconocían sus derechos, estaban registrados en

planillas, percibían el pago correspondiente por sus beneficios sociales, bonificaciones y tenían la posibilidad de ascender a mejores puestos de trabajo. Habiéndose generado con esta desnaturalización una suerte de desigualdad para el personal contratado bajo esta modalidad, al haberlos colocado en escenarios sociales desiguales, con casi ninguna posibilidad de desarrollo personal y profesional; situación que generó innumerables procesos judiciales de reconocimiento y cobro de beneficios sociales contra el Estado, que año a año se incrementaban, abultando más aún la carga procesal".

2.2. BASES TEÓRICAS

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

Uno de los pilares del Estado Constitucional es el reconocimiento a los derechos fundamentales, el establecimiento de un conjunto de garantías que aseguren su plena eficacia y la vinculación directa que ejercen sobre todos los poderes públicos.

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

personales, Declaración de voluntades entre el Estado y personas naturales para que ésta últimas presten sus servicios, por período determinado y sin vínculo laboral, en las entidades de la Administración, recibiendo a cambio una compensación económica establecida en el contrato.

Se analizó la naturaleza jurídica y los elementos que definen al Contrato por Servicios No personales y las diferencias con los otros regímenes laborales que se vienen aplicando en el sector público.

2.2.1. Bases teóricas sobre Contrato por Servicios No Personales en la Administración Pública

El Artículo 1351° del Código Civil define el contrato como "... el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."

El Derecho romano, denominó contractus a ciertos actos solemnes y rituales que generaban una obligatio (nexum, sponsio, stipulatio). El contractus, unido a otros términos, como stipulationis, significaba "celebración de una estipulación" y a emptionis quería decir celebración de una venta.

Por otra parte, la voz «pacto» deriva de pactum, cuya vigencia exige el acuerdo; por lo que dicho término resulta acorde con la noción clásica de contrato. Con el paso del tiempo, el pacto se fue asimilando al contrato al otorgarle acciones para exigir su cumplimiento.

La evolución del Derecho ha suscitado cambios en sus esferas de aplicación, afectando consecuentemente al contrato. En ese sentido, al ser función del derecho equilibrar y conciliar las necesidades, deseos y expectativas de los contratantes, se concibe el contrato la conciliación o armonización de voluntades a la conciliación o armonización de necesidades.

El contrato, en la actualidad, ha dejado de ser un concepto exclusivo del Derecho privado, para convertirse en un instrumento de todo tipo de operaciones económicas. Esto involucra también al propio Estado al cumplir este con su función social, puesto que para ello requiere del concurso de personas jurídicas y personas naturales.

De este modo, el contrato también ha evolucionado, superando el solo acuerdo de voluntades libres e iguales, convirtiéndose en un contrato por adhesión o concluido mediante clausulas generales de contratación.

El Libro VII Fuentes de las Obligaciones Sección Primera Contratos en general TITULO I Disposiciones generales *señala que:*

> *"Todo esto nos indica que las instituciones contractuales, como el Derecho en general, no son categorías lógicas, universales e intemporales, sino categorías históricas que deben reajustarse permanentemente de acuerdo a la evolución social. A través de la historia el contrato ha tenido el mérito de adaptarse a las distintas realidades, a los progresos de la técnica y de la industria y, ahora, a la informática, y al mismo tiempo es el instrumento formidable del desarrollo y de las transformaciones sociales. La relación jurídica contractual puede ser patrimonial o no patrimonial, pero la prestación objeto de la relación no patrimonial debe tener una traducción económica para que, en su caso, sea exigible lo prometido. En la obligación contractual no patrimonial no hay un típico interés económico del acreedor; no hay un interés útil económicamente, sino una satisfacción de cualquier interés humano tutelable, cultural, moral, etc., como la contratación de los servicios de un médico,... De lo expuesto resulta que el contrato no es un fósil, estático, sino una institución en permanente evolución, dinámica, por lo que hay que reformular su concepto de tal forma que comprenda tanto las relaciones obligatorias surgidas de la libre negociación como las nacidas de las estipulaciones establecidas por una sola de las partes*

por imponerlo así la nueva realidad económica y social que reporta mayores beneficios a la humanidad."

En la sociedad moderna, uno de los principios más importantes de la contratación lo constituye la libertad o autonomía contractual, en la que las partes celebran libremente el contrato y determinan su contenido, de modo que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones normativas. De surgir conflictos entre las partes, estos se resuelven en la vía arbitral o en la judicial.

En cambio, distinto es el caso cuando se trata de recursos naturales que el Estado debe preservar, por lo que los contratos administrativos de concesión, por ejemplo, tienen la limitación de obligaciones establecidas en la Constitución, teniendo en cuenta la variación en el tiempo de las condiciones pactadas.

Si bien es cierto las partes tienen la libertad de contratar, también lo es que el Código Civil, en su Artículo 1361°, señala que "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla."

Los contratos producen determinados efectos en el gobierno de las relaciones jurídicas, en razón a que tienen:

a) **Fuerza normativa.-** Es decir, tienen fuerza de ley porque desligan o vinculan a las partes para el futuro.
b) **Intangibilidad.-** Lo que las partes decidan en el uso del poder normativo, es "inalterable". Alcanza las partes, al juez y al legislador.
c) **Justificación.-** El contrato debe tener su explicación.

En el contrato, existe una parte formal y una parte sustancial:

a) **Formal.** - es la parte que emite la declaración de voluntad.

b) **Sustancial.**- es el titular de la esfera de intereses que el contrato tiende a regular.

Desde el momento en que el contrato tiene efectos entre las partes, quien es parte formal es al mismo tiempo parte sustancial.

Por otro lado, los elementos esenciales o de existencia del contrato, son:

- **Consentimiento.-** Es la voluntad expresada de las partes para celebrarlo, sabiendo de antemano que este puede ser expreso o tácito.
- **Objeto.-** Que debe ser analizado desde dos puntos de vista, el objeto propio del contrato o material que necesariamente debe ser cierto, determinado, determinable y estar dentro del comercio; el objeto, motivo o fin que deberá ser física y jurídicamente posible, no atentando contra las normas jurídicas, ni las buenas costumbres.
- **Solemnidad.-** Es el conjunto de actos circunstanciados que deben revestir algunos contratos y que la ley eleva a elemento de existencia.

2.2.1.1. Contratos de la Administración Pública

Actualmente las normas de contratación administrativa son objeto de revisión periódica y es común encontrar propuestas que centran su atención en el interés exclusivo de uno de los actores que participan en dicha contratación, especialmente los intereses de las entidades contratantes o de los proveedores. Sin embargo, consideramos que los intereses involucrados en cada uno de los contratos de la Administración Pública, en realidad no se circunscriben a los de la entidad contratante y del proveedor, sino que, por igual y con la misma intensidad, están presentes los intereses de otros actores; todo lo cual justifica un tratamiento integral en los procesos de perfeccionamiento normativo, de modo que se evalúe cada propuesta normativa en función al impacto que tendrá en el conjunto de los intereses involucrados.

La administración pública, como conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales que ejercen la Función Administrativa del Poder, tiene la necesidad de valerse de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. Entre los posibles instrumentos o medios de que se vale la Administración Pública destacan la regulación normativa, la participación directa en las actividades económicas (a través de empresas del Estado), la ejecución de su presupuesto por medios propios (conocida básicamente como modalidad de administración directa) y la colaboración de terceros (en este caso están comprendidos los contratos de la administración pública, que son de diverso objeto).

Por lo tanto, el contrato de la administración pública tiene un carácter instrumental. Su existencia se justifica como medio para el cumplimiento de los objetivos y metas de la Administración Pública.

Dentro del ámbito jurídico, el Contrato de la Administración Pública se ubica como forma jurídica administrativa. En tal sentido, constituye uno de los medios por los que se expresa la función administrativa (otros medios son el reglamento, el acto administrativo, el acto de administración interna y las actuaciones materiales administrativas).

2.2.1.2. Contrato en General y Contrato de la Administración Pública

El Contrato es una categoría abstracta y genérica. Sustantivamente significa un acuerdo de voluntades por el cual se crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones en el ámbito patrimonial. Es una institución jurídica general del Derecho, una categoría que se extiende en todo el ordenamiento jurídico.

La categoría Contrato adopta configuraciones distintas, según sea el ámbito del ordenamiento jurídico en el cual se manifiesta y, por lo tanto, el régimen normativo que regula cada modalidad contractual guarda relación

con los fundamentos y principios que regulan la correspondiente Rama del Derecho.

Así tenemos que, en el ámbito del Derecho Privado, el Contrato establece vínculos entre por lo menos dos partes, considerándolas en un plano de igualdad; en el ámbito del Derecho Social, contratos como el de índole laboral establecen vínculos entre dos partes, de las cuales a una se la considera parte débil respecto de la otra y que por imperio de la ley se la protege, no obstante cierto margen de negociación libre entre las partes; y en el ámbito del Derecho Público, especialmente en el ámbito del Derecho Administrativo, el Contrato establece vínculos entre una parte constituida por una entidad de la Administración Pública que actúa en ejercicio de Función Administrativa para el cumplimiento de sus metas, objetivos y fines, con un proveedor -normalmente del sector privado, aunque puede pertenecer al Estado- que colabora con la entidad contratante de la Administración Pública, considerándose una relación en la cual, en último extremo, prevalece el interés público representado por la entidad administrativa respecto del interés individual del proveedor, pero que actualmente la normativa tiende a equilibrar mediante la incorporación de autolimitaciones al poder del Estado o mecanismos de protección para el proveedor que contrata con la entidad administrativa.

Por lo tanto, el Contrato de la Administración Pública es una especie dentro del género Contrato y puede ser definido como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública.

El Contrato de la Administración Pública no se caracteriza por que la entidad administrativa que contrata tiene prerrogativas especiales a su favor (por ejemplo, la posibilidad de resolver unilateralmente el contrato o modificar el contenido de éste), sino porque, por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública en ejercicio de función

administrativa. Es decir, será el ordenamiento jurídico el que fijará la posición de la entidad administrativa respecto de su cocontratante, otorgándole en algunos casos prerrogativas especiales, y en otros no.

Dos teorías han servido de punto de apoyo para determinar las denominaciones asignadas a los contratos en que es parte la Administración Pública. La primera considera que el Estado tiene una doble personalidad, una pública, por la que ejerce actos de poder, y otra privada, por la que ejerce actos privados, lo cual también se reflejaría en los tipos de contratos que celebra. La segunda teoría -a la cual nos adscribimos- parte de considerar que el Estado tiene una sola personalidad, siempre pública y, por lo tanto, siempre sus actos son expresión de Poder; razón por la cual los contratos de la Administración Pública siempre son manifestaciones específicas de una de las funciones del Poder, específicamente de la Función Administrativa.

Si el punto de partida es que el Estado tiene dos personalidades, una pública y una privada, se debe utilizar las siguientes denominaciones:

- Contratos administrativos, a los contratos celebrados en ejercicio de la personalidad pública, caracterizados por otorgar a la entidad administrativa contratante prerrogativas especiales a su favor, tal como la posibilidad de resolver o modificar unilateralmente el contrato.

- Contratos Privados de la Administración Pública (o del Estado), cuando ejerce su personalidad privada, en los cuales la entidad administrativa contratante no tiene prerrogativas especiales a su favor.

En cambio, si el punto de partida es que el Estado tiene una sola personalidad, siempre pública, el término apropiado es el de Contratos de la Administración Pública. En este caso el Estado, haciendo uso del poder, decide el régimen a que somete las relaciones contractuales en que es parte la Administración Pública.

La Constitución Política del Perú (1993) contiene artículos directamente destinados a establecer los principios y normas sobre la contratación en èl Perú, destacando disposiciones como el artículo 2º, inciso 14; artículo 62º; artículo 63º; y artículo 76º.

La lectura integral de los artículos lleva a concluir que el Constituyente optó por un régimen con tres tipos de normas, en materia contractual: unas aplicables a todo tipo de contratos; otras aplicables a contratos entre particulares; y otras aplicables a contratos de la Administración Pública. Hay consenso en la doctrina al señalar que son tres los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Como se puede observar de la citada definición, el contrato de locación de servicios, con relación al contrato de trabajo, tiene también tres elementos esenciales, que son: la prestación personal (*intuito personae*), la retribución y la autonomía.

En este punto, es necesario precisar que, aunque no se considere un elemento esencial, la temporalidad de la contratación puede resultar determinante para saber si nos encontramos ante un contrato de trabajo o uno de locación de servicios. Así, el contrato de trabajo está diseñado para una prestación de servicios de carácter subordinada y de plazo indefinido, salvo que medie causa objetiva para que dicha contratación pueda celebrarse a plazo fijo. Mientras que en el caso del contrato de locación de servicios, de acuerdo con el artículo 1768º del Código Civil, su plazo máximo es de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios. En este orden de ideas, puede afirmarse que una labor de carácter permanente no puede ser contratada mediante un contrato de locación de servicios.

Ahora bien, es importante efectuar una semejanza entre estas dos formas contractuales a efectos de apreciar sus semejanzas y sus diferencias.

Tanto el contrato de trabajo como el de locación de servicios tienen a la prestación personal del servicio como uno de sus elementos determinantes. Y ello es natural pues quien contrata al prestador de servicios, en un caso el empleador y en otro el comitente, lo hace por sus cualidades personales. En ambos casos, excepcionalmente, y siempre que medie acuerdo de las partes, quienes prestan el servicio podrán ser ayudados por terceros a efectos de brindar un servicio óptimo.

En lo que respecta a la *contraprestación*, ella también se presenta en el contrato de trabajo como en el de locación de servicios. Por un lado es llamada remuneración, y por otro es denominada retribución. En esencia, ambas suponen la compensación económica por el servicio prestado; sin embargo, los efectos jurídicos de una u otra son distintos. Por ejemplo, refiriéndonos a la remuneración, esta se sujeta a un monto mínimo, constituye un derecho irrenunciable en su ámbito taxativo y sirve de base de cálculo para el pago de los beneficios laborales que emanan de la relación de trabajo. En el caso de la retribución es distinto, pues ella no se sujeta a un monto mínimo, incluso ni siquiera deberá ser pagada con dinero en efectivo (libre disponibilidad) como ocurre con la remuneración, no se trata de un derecho irrenunciable y no sirve de base de cálculo para otros pagos.

Finalmente, y respecto al que creemos es el elemento más importante, nos referiremos a la dependencia o independencia, según sea el caso, entre quien presta el servicio y quien se beneficia de él.

Así, según Ensink (1979) las definiciones de uno u otro contrato, la *subordinación* son propias del contrato de trabajo, mientras que la autonomía lo es del contrato de locación de servicios.

2.2.1.3. Teoría General del Contrato Administrativo

Bercaitez (2011) manifiesta que la incorporación de personal eventual en la Administración Pública constituye una "colaboración

requerida", pues, supone un acto jurídico negocial, en el que la relación jurídica exige para su eficacia jurídica la voluntad del sujeto pasivo.

En cuanto a la naturaleza jurídica de este tipo de relación, se han formulado las siguientes teorías:

- **Teoría negativa:** Esta teoría sostiene que el hombre y solamente él, puede ser persona, por ser el único que posee inteligencia y voluntad. La persona física es la única que tiene personalidad jurídica. Para quienes apoyan ésta idea, una asociación es un conjunto de personas que actúan colectivamente, pero que de esta unidad de intereses no surge una nueva persona, distinta de quienes la conforman. En consecuencia, el Estado no puede ser persona.
  Rodríguez (2007) señala que Duguit, Fernández de Velazco y Mayer, niegan el carácter contractual de las relaciones vinculantes del Estado con los particulares.

  Postulan que son tres las características que debían concurrir para conformarse la figura jurídica del contrato:
  a) Igualdad y libertad de las partes contratantes.
  b) Inmutabilidad del objeto o contenido del contrato.
  c) Limitación respecto a las partes de los efectos jurídicos del objeto contractual, no pudiendo extenderse a terceros.

  La posición a estas teorías es que en las relaciones entre el Estado y los particulares no concurren estas características y que, por lo tanto, no se configura contrato administrativo, ni siquiera contrato.

  Gordillo (1991) refiere que "en una primera orientación, la más antigua, se interpreta que todos los contratos celebrados por la administración - es decir, una persona estatal- con sujetos privados de derecho están sometidos al derecho privado, es decir, que no hay una categoría nueva de contratos, además de los contratos privados. Esta es por

ejemplo la solución clásica de la doctrina alemana, donde sin embargo se admite la categoría del contrato interadministrativo, aquel celebrado entre distintas administraciones."

- **Teorías contractualistas:** A las características del contrato consideradas por las teorías negativas, los contractualistas añaden que la libre concertación de voluntades, aunque la libertad signifique para uno de los contratantes tan solo el arbitrio de contratar o no contratar.

  Como consecuencia de la libre voluntad, la satisfacción a través del acuerdo de intereses contrapuestos, es lo que determina la existencia de partes en la relación contractual.

  La armonización para producir determinados efectos jurídicos mediante los cuales se satisfacen aquellos intereses.

  Asimismo, existen distintos criterios para distinguir un contrato administrativo de un contrato de derecho privado. Al respecto, se han desarrollado las siguientes teorías:

a) **Teoría objetiva:** Ejerciendo su poder público, el Estado puede celebrar el contrato administrativo. Lo único rescatable de esta teoría es que para que haya contrato administrativo una de las partes necesariamente debe ser el Estado, ya que es impensable un contrato administrativo entre particulares.

b) **Teoría de la Competencia jurisdiccional:** Cuando la resolución de los conflictos se resuelve en la jurisdicción contencioso administrativa, sea por expresa disposición de la ley, por voluntad de las partes o por la naturaleza propia del contrato, estamos ante un contrato administrativo. La crítica esta teoría es que la definición de la naturaleza jurídica de un contrato no puede esperar a la aparición de un conflicto. También debe

tenerse en cuenta que la naturaleza del contrato no puede estar librada al derecho positivo o a la voluntad de las partes.

c) **Teoría Formalista:** Atiende al procedimiento seguido por el Estado para la celebración y formalización de ese contrato. Esta teoría no toma en cuenta el procedimiento también es seguido por el Estado en los contratos de derecho privado, además de que en ciertos contratos administrativos no necesariamente se da el procedimiento licitatorio.

En general, puede afirmarse que en los contratos administrativos, las prestaciones a cargo del co-contratante satisfacen un fin público y su ejecución, potencialmente, afecta la satisfacción de una necesidad colectiva, pudiendo la Administración Publica conferir al co-contratante derechos y obligaciones respecto de terceros, pero al mismo tiempo sujetarlos a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado que coloca al co-contratante en una situación de subordinación jurídica frente a la Administración Publica.

Quiere decir que los contratos administrativos se caracterizan por:

- Una de las partes está representada por el Estado, a través de alguno de los órganos de la Administración Publica.
- Existencia de una finalidad publica a satisfacer, sea colectiva o general, o para satisfacer el bien común.
- Subordinación del co-contratante a la Administración Publica, pero en relación de la desigual jerarquía de los intereses en juego.
- Sujeción del contrato a un régimen jurídico exorbitante del derecho privado.

Gordillo (1998), señala que no hay solo dos categorías de contratos de la administración sino toda una gama, susceptible de clasificación, que comienza desde a) contratos celebrados por la administración en un virtual pie de igualdad jurídica con otro sujeto de derecho público o

privado, o b) con ligeras notas de derecho público c) en un crescendo de potestades y privilegios estatales. En este último se encontrarían la relación de empleo público, concesiones de obras públicas, concesiones y licencias de servicios públicos, contrato de empréstito público interno.

Caamaño (2006) considera una relación laboral atípica aquella que no se inserta dentro del modelo de la relación laboral subordinado y regulado por el ordenamiento jurídico laboral, en cuanto a su duración, continuidad y jornada laboral.

El empleo en nuestro país no solo es escaso, sino también precario, muchos de los que han logrado un puesto laboral dependiente están sometidos a una situación de desventaja en cuanto a estabilidad y beneficios sociales con respecto a los trabajadores permanentes. Esta situación se da tanto en el ámbito privado como en el público.

Sin embargo, cabe distinguir entre la trascendencia de los contratos en el sector privado con respecto al público. Nos referimos con ello a los contratos por Servicios No Personales, modalidad que ha sido adoptada por el sector privado para evadir el pago de vacaciones, horas extras, obligaciones sociales y Compensación por tiempo de servicios, además de otros beneficios de índole familiar.

A nuestro entender, por lo menos con respecto al Estado, estos contratos se inscriben dentro de los llamados contratos atípicos, porque, tal como lo ha reconocido el propio Ministerio de Economía y Finanzas, no están regulados por ninguna norma específica.

Los contratos por Servicios No Personales reúnen características de dicha relación, porque se encuentran al margen de la plenitud de la protección del derecho del trabajo, al no ofrecer cobertura frente a riesgos sociales.

Contrariamente a lo que ocurre en el sector privado, los contratos atípicos en la Administración Pública no obedecen a la necesidad de incrementar la producción para obtener mayor ganancia. Se supone que la Administración Publica ha incorporado servidores por la modalidad de Servicios No Personales para garantizar la continuidad del servicio; sin embargo, miles de estos servidores han ingresado a costa de otros que fueron despedidos cuando se producían cambios de Ministros.

Como ya hemos expresado, los contratos por Servicios No Personales, carecen de una regulación normativa, rigiéndose por tanto, solo por lo establecido en el Código Civil y, en cuanto a la autorización o limitación de incorporación y a los responsables de dicha acción, la Ley de Presupuesto de cada año Fiscal.

En nuestro país, como producto de la crisis económica, se contrajo la demanda en el mercado laboral, incrementándose en cambio, en forma desmesurada la oferta. Esta oferta no está compuesta solo de jóvenes de terminan los estudios de Secundaria, sino también por muchos profesionales que no encuentran cabida en la Población Económicamente Activa. No obstante haber mejorado y mantenerse estable la economía desde hace casi diez años, los agentes económicos se resisten a reconocer y mantener la estabilidad de los trabajadores y, mediante presiones, han conseguido la flexibilización de la legislación laboral.

Esta situación ha anulado casi totalmente la posibilidad de negociación de los trabajadores ante los empleadores, debiendo aceptar las condiciones que estos establecen. En ese escenario, los agentes económicos optan por tomar trabajadores a través de los llamados "services" o incorporar a nuevos trabajadores por la modalidad de Servicios No Personales, lo que les permite ahorros significativos en la planilla.

La situación no es distinta en la Administración Publica, cuyas entidades, como ya se ha señalado, han optado por utilizar el mecanismo,

con la sola diferencia que esta forma de incorporar trabajadores se debe, más allá de razones políticas, a la prohibición legal de contratos personales y nombramientos a través de la Ley General de Presupuesto.

Llama la atención, que no obstante haber transcurrido más de quince años desde que estos contratos se dan en la Administración Publica, su manejo se lleve con tanta negligencia, descuidándose tan flagrantemente su regulación. Eso, ha creado una situación singular en la Administración Publica, cuyas consecuencias son imprevisibles.

A partir del Año 2005, siempre vía la Ley General de Presupuesto, se han iniciado tímidos esfuerzos por darle al problema un mejor tratamiento, estableciéndose que todos aquellos servidores incorporados a partir del Año Fiscal 2004, son considerados como nuevos contratos.

Resulta obvio, que esta medida no tiene mayor trascendencia, pues, excepto el tiempo, no produce ningún otro efecto jurídico, ya que todos estos trabajadores cumplieron más de un año en relación de dependencia y realizan labores de naturaleza permanente.

Esto significa que la figura de contrato atípico se ha insertado a la Administración Publica, pues, no corresponde al modelo tradicional de relación de trabajo. Esta forma de ocupación atípica ha sido favorecida por el Estado, debido, como ya se señaló, a las variables condiciones y exigencias de la economía. Es así, que la Administración Publica ha debido tomar decisiones para adaptar las políticas de personal y la forma de organización del trabajo a la nueva situación.

Tradicionalmente se consideran como formas de contratación atípicas a las siguientes:

- El contrato a plazo fijo y el contrato temporal.
- El trabajo a domicilio.

- El tele trabajo.
- La subcontratación.
- El contrato de trabajo a tiempo parcial.

Messineo (1979) a los contratos atípicos se les llama innominados, no tanto porque no tengan denominación en la ley, sino porque carecen de una disciplina legislativa especial, por lo que se los llama también atípicos, precisamente porque se separan de las figuras de los contratos nominados, que están dotados de una causa típica que caracteriza la respectiva disciplina; en los contratos innominados, la causa es precisamente atípica, porque es nueva y diversa, respecto de cada una de las que son propias de los contratos nominados.

Por su parte Mosset (2006) manifiesta que los *contratos atípicos* son aquellos que no encuentran su "sede" dentro de la ley, aquellos que carecen, no ya de un nombre , sino de una estructura o regulación legal. Son el producto de la libertad contractual y de las necesidades de la vida jurídica: no nacen de la fantasía de los juristas o de la inventiva de los legisladores sino de la necesidad práctica que plantea el tráfico negocial, por lo que la designación o no por la ley es en sí intrascendente; ella no agrega ni quita nada. Tanto da que un contrato atípico este designado por la ley que no lo este, mantiene su categoría de atípico.

El Código Civil peruano (1984), en su Artículo 1352, establece que "Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad."

El Articulo 1353, por su parte, al establecer el régimen legal de los contratos, señala que "Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato."

Una de las particularidades de los contratos por Servicios No Personales, es que estos son contratos por adhesión (Articulo 1390 del C.C.), ya que el servidor está colocado en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la entidad pública, debiendo por tanto declarar su voluntad de aceptar. Para el efecto, la entidad es quien redacta las clausulas generales de contratación, en forma unilateral, general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo, que servirá para una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

En cuanto a la prestación de servicios, el Articulo 1755 del C.C., la define así: "Por la prestación de servicios se conviene que estos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente". Seguidamente, el Artículo 1756, establece las siguientes modalidades de la prestación de servicios:

- La locación de servicios.
- El contrato de obra.
- El mandato.
- El deposito.
- El secuestro.

Es a la locación de servicios que pertenece la figura de Servicios No Personales. Sin embargo, a tenor del Artículo 1757, dichos contratos serian también contratos innominados de prestación de servicios.

La locación de servicios, está definida por el Articulo 1764, como sigue: "Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución".

Pueden ser materia del contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales, que deben ser prestados personalmente por el locador,

pudiendo valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación.

En cuanto a la determinación de la retribución, las entidades han establecido una gran variedad existiendo diferencias sustanciales para servicios similares tanto dentro de la propia entidad como de una entidad a otra.

A pesar de la claridad con respecto a que los Servicios No Personales son contratos de locación de servicios, pues así lo señala la Ley General de Presupuesto y los contratos que suscriben los trabajadores sujetos a esta modalidad por mandato de la propia Ley de Presupuesto, sus contratos no pueden exceder al ejercicio presupuestal, no obstante que el C.C. establece en su Artículo 1768 que "El plazo máximo de este contrato es de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado solo puede invocarse por el locador."

A diferencia de nuestro Código Civil, el Código argentino siguiendo el modelo del Código Italiano de 1942, abandono la clasificación entre nominados e innominados adoptando la denominación de contratos típicos y atípicos.

La razón para ello fue que la falta de disciplina particular normativa hace necesario buscar las normas supletorias de la voluntad contractual, que entraran a regir el contrato en defecto de especificas previsiones de la partes, después de convocar a las normas generales sobre los contratos y las obligaciones; así como a las disposiciones que rigen los contratos típicos afines en la medida que sean compatibles entre sí y con la finalidad perseguida.

En los contratos por Servicios No Personales, se plantea el problema de su admisibilidad y validez por el hecho de no estar regulados. En la legislación italiana se establece que "las partes pueden también celebrar contratos que no pertenezcan a los tipos sujetos a una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a satisfacer intereses dignos de tutela según el ordenamiento jurídico".

Este problema también ha sido planteado por la doctrina a partir de la consideración de que no es un problema de los negocios típicos, pues al regularlos, la ley esta tácitamente aceptando que los considera admisibles y válidos, o sea, que considera que la función económico social del negocio es tutelable por el Derecho.

No obstante, la situación parece salvarse al variar las condiciones en que el contrato se desenvuelve, adaptándose a lo prescrito por la Ley N° 24041 en cuanto a la duración de la relación laboral y a la naturaleza de las funciones.

Pero esto no deja de ser artificial, forzado por las circunstancias y no impuesto por la ley, puesto que se tiene que recurrir a normas supletorias. Aun así, no podemos negar la función económico-social del contrato y, por lo tanto, tutelable por el Derecho.

Habría, entonces, que aceptar que las convenciones entre el Estado y los Servicios No Personales tienen fuerza de ley para las partes, además de la licitud de finalidad.

Un rasgo característico de la atipicidad de los contratos por Servicios No Personales, lo constituye la ausencia de normas que rijan la resolución de los conflictos que se puedan suscitar entre las partes, habida cuenta de su desnaturalización por la actuación de las entidades públicas.

Al respecto, la doctrina, aporta tres orientaciones:

López (1975) señala que la teoría de la absorción, ante un negocio con causas concurrentes, el intérprete debe tratar de encontrar cual es la predominante y regular el negocio por analogía con la disciplina que regla

tal causa en un negocio típico. La causa predominante del negocio absorbería a las demás.

A esta teoría se le critica que parte de la suposición, de que existe un factor prevalerte y que su aplicación, en algunas oportunidades, menoscaba las peculiaridades de lo efectivamente querido por las, partes.

La teoría de la extensión analógica.- Es una variante de la anterior que pretende que todo el contrato innominado quede regulado por todas las normas del contrato típico más parecido. La crítica que se le hace es similar a la teoría anterior.

La teoría de la combinación.- Propone que hay que atenerse al carácter autónomo de la creación de la voluntad de los particulares, Busca encontrar el sentido teleológico de la contratación y regula el negocio conforme las disciplinas que se combinen, ateniéndose a cada uno de los elementos que componen la negociación. Presenta la dificultad de la recomposición y combinación coherente del espectro normativo que rige cada elemento.

2.2.1.4. Servicios no personales

A inicios de la década de los años 90, en el entonces gobierno de Fujimori, se produjo una drástica reducción de personal en el sector público, vía renuncias por incentivos, llamadas voluntarias. Como quiera que esta reducción implicara, en muchos casos, la salida de personal calificado, es decir, especializado; paradójicamente se originaba la necesidad de suplirlo, sumándose además nuevas demandas por parte de organismos desconcentrados y descentralizados, así como de los novísimos gobiernos regionales, de sus entidades y dependencias.

Es necesario puntualizar, que los regímenes laborales, constreñían el ingreso de personal nombrado o contratado para labores permanentes -caso de la Ley Nº 20530, en extinción y Decreto Legislativo Nº 276- por lo que se delineó, a fuerza de prácticas administrativas, la

masiva contratación de los denominados Servicios No Personales o más conocidos como los SNP; como es lógico suponer, sin ningún tipo de beneficios laborales, abarcando a miles de "servidores públicos", en praxis totalmente antilaborales, y que para sorpresa nuestra, aún subsisten, con varios matices y disfraces, como servicios no autónomos.

Bajo esta modalidad se encuentran comprendidas las personas que prestan sus servicios en el lugar y el horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporciona los elementos de trabajo y asume los gastos que la prestación del servicio demanda.

El tratamiento de las retenciones corresponde a Rentas de Quinta Categoría, es decir, que el contratado queda sujeto únicamente a la retención por concepto de Impuesto a la Renta, quedando por cuenta del solicitante el pago del Impuesto.

El contrato, según la doctrina, es un acto jurídico que tiene efectos, que son obligaciones, siendo éstas las que tienen un objeto, constituido por las prestaciones que una parte se obliga a ejecutar a favor de la otra. La Constitución Política de 1979 en su artículo 42°, estableció que el trabajo en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado sin discriminación alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato. Constituye un principio de derecho el que las cosas no responden a la denominación dada por los interesados, sino a su naturaleza intrínseca y que es el fundamento del "principio de la primacía de la realidad".

Este fue el sustento constitucional y principista de la Segunda Sala del extinguido Tribunal del Servicio Civil para declarar fundada, en sede administrativa, la solicitud de reposición de una persona que prestó sus servicios bajo la modalidad de Servicios No Personales (desde ahora SNP), por más de un año, desarrollando labores de carácter permanente y que fuera cesada en virtud de las normas de austeridad que estableció la Ley de Presupuesto del año 1988 que prohibió la contratación de

servicios bajo esta modalidad. Además de tal fundamento constitucional, esa decisión jurisdiccional administrativa se sustentó en la Ley N° 24041, que ampara a los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente que tengan más de un año ininterrumpidos de servicios, señalando que los mismos no podían ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, no estando comprendidos en sus alcances los servidores públicos que realizan labores de carácter temporal de duración determinada o de corta duración, esto es por Servicios No Personales, cuyo período no exceda de un ejercicio presupuestal íntegro.

2.2.1.5. Temporalidad del contrato de Servicios No Personales

La temporalidad de un contrato, como así lo ha establecido el Tribunal Constitucional, significa lo fugaz o perentorio en el tiempo; y cuando es más de un año en que se presta bajo esta modalidad, este período extenso no refleja sino la naturaleza permanente de la labor prestada. La naturaleza permanente del trabajo que realiza una persona, está en función de la finalidad y objetivos de la Entidad que requiere los servicios.

2.2.1.6. La subordinación

El elemento que configura el contrato de trabajo, es la subordinación que se manifiesta en el hecho de que al poner el trabajador su capacidad laboral a disposición del empleador, le otorga a éste el poder de dirigirlo, de darle órdenes y de controlarlo; y él, por su parte, se obliga a obedecerle; esto es así por cuanto el ordenamiento jurídico laboral ha configurado como un rasgo esencial la obligación del trabajador de sujetarse a las decisiones del empleador durante el tiempo que dure la prestación de servicios. La leyes presupuestarias han empujado a los administradores públicos a describirlos forzadamente en el afán de diferenciar los términos de referencia objeto del contrato de los que se describen en los manuales de Organización de Funciones de la entidad, cuya ejecución está reservada sólo a quienes tienen vinculación laboral.

2.2.1.7. Problemática de los Servicio No Personales

Encontramos una remota y única referencia de los contratos de Servicios No Personales en el Decreto Supremo Nº 065-85-PCM, antiguo Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestaciones de Servicios No Personales (en adelante RUA); en cuyo artículo 1.1.1 literal j) y y) los definen como:

"j) Contrato de adquisiciones de bienes o Servicios No Personales: Es el acuerdo de condiciones establecidas entre las partes que intervinieron en una negociación comercial; en caso de licitación o concurso público, el contrato se deriva obligatoriamente en las condiciones fijadas en las bases administrativas. También se utiliza en casos especiales de adjudicación directa, cuando el monto por adquirir es significativo o las condiciones de negociación y cumplimiento lo requieren.

y) Servicios No Personales: Actividad o Trabajo que efectúa una persona natural o jurídica ajena al organismo público que desea adquirir, a cambio una retribución económica, para atender una necesidad intangible. Se orienta a la producción, construcción, habilitación, funcionamiento, orientación, conservación, preservación u otros

Tal como se puede apreciar, el RUA consideraba que los servicios que un tercero ajeno a la entidad prestaba a cambio de una contraprestación económica, estaban considerado como "Servicios No Personales", contratados con el propósito de atender una necesidad. Consideramos que la verdadera razón por la cual se creó esta figura fue para proveer al Estado de servicios autónomos no subordinados.

El RUA tuvo como propósito constituirse en la norma que regulara los procesos de adquisición de bienes y de prestación de servicios autónomos, sin embargo a la entrada en vigencia de la Ley N° 26850 "Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado", se reguló de manera integral la adquisición de bienes (incluso los tangibles) y la contratación de servicios, no incluyéndose en esta Ley especificación alguna sobre los Servicios No Personales.

Sin perjuicio de ello y a pesar de que la norma que regulaba la contratación

de Servicios No Personales, es decir el RUA, quedó derogado en el año 1997, se siguió utilizando ilegalmente este tipo de contratación hasta el año 2008, fecha en que entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1057 (CAS); es decir durante más de diez años se utilizó en el Perú una modalidad de contratación de personal no regulada por ninguna Ley y lo que es peor aún, esta modalidad de contratación (SNP) fue desnaturalizada, ya que pasó de ser un contrato civil a un contrato laboral quebrantado, en vista que el personal contratado debía de cumplir un horario de trabajo y estar bajo subordinación permanente sin reconocerle beneficio laboral alguno; todo ello por cuestiones de austeridad y racionalidad del gasto público impuestas por el Estado.

Ahora bien, los contratos de Servicios No Personales siguieron siendo utilizados por la Administración Pública, extendiéndose y progresivamente alcanzando magnitudes significativas, configurándose así un uso abusivo y desmesurado del Estado al haberse permitido:

- Contratar a personal sin tener que ceñirse a una escala remunerativa de la entidad pública a la que se destacaba el personal; ya sea para el pago de salarios más elevados o inferiores a los previstos para ella.
- Facilitar la contratación de personal por razones políticas o por vínculos afectivos o familiares.
- Evitar el pago de costos laborales (beneficios sociales) o sociales (salud y pensiones).
- Evitar problemas relacionados con la sindicalización de personal.
- Hace flexible el manejo y disponibilidad de empleo.
- Evitar las formalidades de contratación y/o nombramiento, perjudicando con ello el desarrollo de la carrera pública.
- Reflejar cifras positivas para el aparato estatal

Luego de haber comentado las distorsiones ocasionadas por la mala utilización de los contratos de SNP, consideramos que el problema fundamental radica en el daño que se ocasionó a los trabajadores o

servidores, contratados bajo esta modalidad; más aun considerando que la gran mayoría de instituciones públicas utilizaban este tipo de contratos, tal como se puede evidenciar del estudio realizado por la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central creada por Decreto Supremo N° 004-2001-TR , en donde se comprobó que de las 616 mil personas que trabajaban en la Administración Pública Central41 en el año 2004; 59,900 eran trabajadores contratados como Servicios No Personales; o lo que resulta ser lo mismo; el 9.7% de los trabajadores de la Administración Pública Central al 2004 fueron contratados como Servicios No Personales.

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

Esta situación de vacío legislativo ocasionó que en la práctica se apliquen normas de derecho administrativo, derecho civil, derecho laboral público y privado (en relación a obligaciones y sanciones), para solucionar o responder a las situaciones que se producían en la aplicación de la contratación por servicios no personales.

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

Este tipo de contratación prevista por ley presupuestaria, era aplicado indistintamente por el Poder Ejecutivo y extendido a varias entidades e instituciones del sector público. Por la masificación de la

contratación, el ente a cargo del Sistema de Presupuesto del País, llegó a señalar que las denominaciones de locación de servicios, servicios no personales y consultoría, por los que se contrataba los servicios de personas naturales, se caracterizan por la prestación de servicio temporal sin vínculo laboral y para desarrollo de funciones conforme a los reglamentos internos institucionales y formando el cuadro de asignación de personal.

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

Los jueces reconocían a los demandantes su calidad de trabajadores con contrato de trabajo a plazo indeterminado con todos los beneficios y derechos que la ley concede al régimen privado del Decreto Legislativo N° 728; en otros casos los demandantes además de ser reconocidos como trabajadores, obtener estabilidad y reconocimiento de derechos y beneficios sociales, como pago de sumas de dineros por adeudos laborales, accedían de esta forma al régimen público del Decreto Legislativo N° 276. Convirtiéndose en una forma de acceder a la carrera pública que ha sido objeto de cuestionamientos, sin embargo debe tenerse presente que ello no se venía produciendo por culpa de los trabajadores, sino por la falta de diligencia del empleador –en este caso el Estado-, de solucionar el problema de contrataciones de servicios que habían superado el carácter de temporalidad y que realmente no eran otra cosa que contrataciones laborales.

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

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

Los "servicios no personales" (que supone el desarrollo de prestaciones no subordinadas) para distinguir la naturaleza de uno y otro campo del derecho, respectivamente. En ese sentido, se puede afirmar que el derecho laboral se construye a partir de la singularización de una relación jurídica específica, cual es: el contrato de trabajo, el mismo que se define en contraposición del concepto de "servicios no personales". Por su parte, la "locación de servicios" constituye una categoría propia del ordenamiento civil que implica "servicios no personales" ha merecido especial atención en el ordenamiento legal en materia presupuestal; debiéndose anotar que las disposiciones emitidas no necesariamente coinciden con las acepciones contenidas en el numeral 2.2 de la presente Opinión.

Así, podemos advertir que las Leyes Anuales de Presupuesto del Sector Público y sus normas de desarrollo han previsto medidas de austeridad y/o límites a la ejecución del presupuesto relacionadas con:

a) El aseguramiento de los recursos como requisito para la celebración de contratos de servicios no personales y/o locación de servicios, así como el alcance de las actividades a contratar.
b) La posibilidad de efectuar el pago por honorarios a las personas naturales que prestan servicios no personales y/o locación de servicios, siempre que éstas se encuentren registradas
c) La habilitación para efectuar prórrogas, de manera directa y sucesiva, de los contratos de locación de servicios y/o servicios no personales suscritos con personas naturales, que se encontraran vigentes hacia el final de un determinado ejercicio; y la posibilidad de celebrar nuevos contratos de locación de servicios o servicios no personales siempre y cuando fuera en el caso de reemplazos.

Es decir, cuando la normativa en materia presupuestal ha regulado los denominados contratos de "locación de servicios" y "servicios no personales", ha estipulado un tratamiento uniforme, equiparando el contenido de ambos conceptos.

Por su parte, en el caso de las empresas del Estado sujetas al ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, se sabe que aquellas sujetan la formulación, aprobación y ejecución de sus presupuestos a las Directivas emitidas por dicho Fondo[i]. Al respecto, se advierte que en dichas Directivas la terminología utilizada hace referencia a la contratación de "locación de servicios" y "servicios no personales" de manera heterogénea y diferenciada.

Así, en algunos casos se considera a la "locación de servicios" en función de los límites y restricciones propios de la naturaleza de las contrataciones que deben realizar este tipo de Entidades y, en otros, como parte de la población En ese sentido, se puede afirmar que el derecho laboral se construye a partir de la singularización de una relación jurídica específica, cual es: el contrato de trabajo, el mismo que se define en contraposición del concepto de "servicios no personales". Por su parte,

la "locación de servicios" constituye una categoría propia del ordenamiento civil que implicará, en todos los casos, la ausencia de subordinación del contratado.

Por lo que podemos observar que desde hace muchos años, el Estado ha actuado de manera desfavorable con una buena parte de sus trabajadores en el sector público. Encontramos prohibiciones en cuanto al nombramiento del personal -con algunas excepciones- en las entidades públicas desde la década pasada, pero que a pesar del crecimiento de la población y de la consecuente demanda de servicios, el número de trabajadores nombrados no seguía el mismo camino, porque el Estado diseñó una figura para atender este déficit de personal llamado contratos por Servicios No Personales, que sin más análisis era una contratación ilegal del trabajador. Este modelo de contratación carece de naturaleza jurídica propia, pero que sin embargo ha servido para que el Estado con su ius imperium "ahorre mucho dinero", dejándole de pagar al trabajador sus beneficios sociales básicos, es decir explotando a quien debía proteger.

La utilización de esta figura contractual distorsionaba el sistema de contratación de personal del Estado, puesto que se contrataban como servicios no personales la realización de actividades de naturaleza laboral. Debido a ello, se crea una ley que diera contenido legal a los contratos por SNP, quedando reemplazado por un nuevo "Contrato Administrativo de Servicios", el cual es emitido por el D.L Nº 1057, el 28 de junio del 2008 en el diario El Peruano, denominado Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (RECAS).

2.2.1.8. Principios

a) Principio de la dignidad Humana

El principio de dignidad humana es un principio rector del derecho constitucional y base de todos los tratados internacionales sobre derechos humanos; así nuestra Constitución Política del año 1993

establece en su primer artículo: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"; estableciendo a la persona humana y su dignidad como máximo valor del ordenamiento jurídico; en igual forma la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 1 prescribe "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

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

Abbagnano (1999) manifiesta que los prolegómenos del principio de dignidad humana, se encuentran en la filosofía griega antigua, la filosofía estoica señalaba que, así como los animales son guiados por un instinto, igual los hombres son guiados por la razón que le orienta como actuar.

Tomando a los filósofos como Aristóteles (384-322) señala que se definió por primera vez a la persona considerándola un animal racional o animal que posee razón; el término "persona" cobró más importancia con el Cristianismo especialmente en el nuevo testamento cuyas predicas están dirigidas a relevar la importancia de la persona humana como un ser valioso digno de amor y perdón en todo lo que haga; un ser proveniente y hecho a semejanza de un Dios creador del mundo y de la naturaleza, con una esencia que lo hace superior a toda creación divina; sin embargo, volviendo a la filosofía antigua, en cuanto a Platón (428-347 A.C.) que señaló en su obra "Georgias" que "la persona ha de ser afirmada por sí misma y por su dignidad". Mientras que Santo Tomas de Aquino (1225-74) en sus obras expresaba que "el termino

dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia, desarrolla sobre la dimensión ontológica de la persona cuya esencia viene de Dios; algunos autores discrepan que Santo Tomas haya sido el "autor fuente" de las nociones de dignidad humana y derechos de la persona, reconociendo a Enmanuel Kant como el inspirador del concepto de dignidad humana, sin embargo admiten que la dimensión ontológica del ser humano que desarrolló Santo Tomas, es justamente lo que ahora denominamos dignidad humana: Ese valor ontológico especial es lo que llamamos dignidad humana: "Esto se deriva del pensamiento de Santo Tomás aunque él no lo haya dicho así.

Zanotti (2006) afirma que es nuestra sensibilidad histórica, es nuestro actual horizonte de pre comprensión, el que nos hace "ver" estas virtualidades, presentes en potencia en el núcleo central en acto del pensamiento de Santo Tomás. Ahora bien, si en esa sensibilidad histórica Kant puso su grano de arena, entonces felicitaciones para Kant..." Así también toma en consideración a Tomas Hobbes (1588-1679) en su famosa obra "Leviatán", considerado como un manual sobre la naturaleza humana y organización de la sociedad, partía de una definición de hombre reconociéndole derechos y capacidad para realizar el pacto social, y crear el Estado que debía procurar el bien de todos los súbditos y del Estado mismo. Sin dejar de lado a John Locke (1632 – 1704), precursor del empirismo y liberalismo moderno, quien enfatizó sobre los derechos de la persona frente a la autoridad del Estado, que el poder pertenece al pueblo, que todos esos elementos que contribuyen a una vida digna propia de la naturaleza humana, como son la propiedad, la vida, la libertad y el derecho a la felicidad vienen a ser derechos naturales de los hombres y anteriores al Estado, al que concebía como un Estado subordinado a la persona humana, a su protección y respeto de sus derechos; inspiró a los colonos de Norteamérica en la llamada Revolución Americana, destacando García de Enterría (2001) : a Locke, quien ha efectuado la capital conversión técnica del abstracto Derecho Natural en los derechos del hombre (derechos que proceden del estado de naturaleza del hombre, que éste

no trasmite en el pacto social, antes bien el pacto social se ordena justamente a su salvaguarda y garantía), concluye estableciendo el supreme power de la comunidad para preservar las libertades y propiedades de los ciudadanos of anybody, even their legislators, frente a cualquiera, aún frente al legislador, con lo que los derechos naturales pasan a ser el último test de validez de las leyes positivas.

b) Principios de derecho laboral

Los principios de derecho se constituyen y construyen como los cimientos y pilares que sostienen un edificio conformado por las normas jurídicas; en el caso de los principios jurídicos de derecho laboral vienen a ser fuente del Derecho del Trabajo que recogen valores esenciales para orientar, unificar e interpretar las leyes laborales, asimismo, Santos Azuela (1999) explica que son considerados también como fuente del derecho del trabajo, los principios generales del derecho son pautas fundamentales en valores esenciales, generalmente consagradas a través de la ley, que tienen por objeto orientar, integrar y unificar la interpretación del sistema jurídico y de la normativa en particular, dentro de un marco coherente y contractual, así mismo llama a la reflexión sobre el Derecho del Trabajo, y exige que no se desprenda de su función tutelar y humanitaria para la gente que trabaja, la que no debe ser abandonada en la vorágine de la oferta y la demanda; a lo que se puede agregar, que en esa vorágine el Estado no puede olvidar sus funciones y responsabilidades en proyección a la protección de la clase trabajadora.

Plá (1978) señala que los principios son líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de la existentes y resolver los casos no previstos.

El derecho del Trabajo se caracteriza por su función protectora del trabajador, coincidiendo la doctrina en señalar que el sustento de esta

disciplina jurídica se encuentra en la función protectora que cumple, convergiendo la intervención del Estado en las relaciones entre empleador y trabajador, en razón de la necesidad de protección de la persona humana y su dignidad -sustento del Neo constitucionalismo-, en la relación desigual del empleador con el trabajador; disciplina que se orienta por principios que persiguen dicha finalidad de proteger al trabajador en la relación laboral y sus derechos; estos principios rectores sirven para la interpretación y aplicación de las normas y protección de los derechos laborales; no existe uniformidad en la doctrina respecto de todos los principios laborales, que de acuerdo a la perspectiva y enfoque de los autores se recogen unos si y otros no; para los efectos de este trabajo exponemos principios laborales reconocidos y aceptados por un sector mayoritario de la doctrina, y que son legítimos y válidos para los fines de la presente investigación, cabe señalar que los principios que se desarrollan tienen sustento constitucional.

c) Principio Indubio por operario

Es uno de los principios rectores del Derecho del Trabajo, cuya importancia ha sido reconocida en el ordenamiento constitucional siendo recogido en nuestro ordenamiento constitucional y legal. Este principio se aplica para los casos de interpretación de las normas legales, favoreciendo la duda al trabajador ante el sentido contrario de dos normas, o sentido oscuro o confuso de una norma.

La Constitución Política del Perú de 1993 en el artículo 26 inciso tercero establece la: "Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma". La Ley Procesal del Trabajo N° 26636 en el artículo II del Título Preliminar lo prescribe como un principio rector, previendo que: "El Juez, en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando exista varias normas aplicables al caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador".

La Ley Procesal de Trabajo N° 29497 de fecha 15 de enero del 2010, se implementó en los distritos judiciales del país en forma cronológica, establece en el artículo IV del Título Preliminar referido a la Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral, que los jueces bajo responsabilidad deben impartir justicia con arreglo a la Constitución Política, tratados internacionales de derechos humanos y la ley; prescribe que los Jueces "Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República"; en este orden subsiste la obligación de interpretar las normas de acuerdo al principio de indubio pro operario contemplado en la norma constitucional artículo 26 inciso tercero.

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

d) Principio de Condición más beneficiosa para el trabajador

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

García (1960) exponente de este principio, escribe que la aplicación práctica del principio de condición más beneficiosa supone dos consecuencias: La primera, que cuando se dicta una reglamentación o disposición de carácter general aplicable a todo un conjunto de situaciones laborales, éstas quedaran modificadas en sus condiciones anteriores en cuanto no sean para el trabajador más beneficiosas que las nuevamente establecidas. La segunda, en que la nueva reglamentación habrá que respetar –salvo que contuviera afirmación expresa en contra- como situaciones concretas reconocidas a favor del trabajador o trabajadores interesados en aquellas condiciones que resulten más beneficiosas que las establecidas para la materia o materias de que se trate.

e) Principio de Igualdad de la Remuneración

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

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

El Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por el Perú por Resolución Legislativa N° 13284 del 15 de diciembre de 1959), establece en su artículo segundo inciso primero, la

obligación de todo Estado Miembro de garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por igual valor.

La Constitución de 1993 en el artículo 24 protege el derecho del trabajador a una remuneración equitativa y suficiente, se contempla este derecho con extensión a diversos aspectos de su persona y para su familia, y se prioriza su pago: "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador".

f) Principio de Inalterabilidad de las remuneraciones y condiciones de trabajo en beneficio del trabajador

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

Afecta las posibilidades del empleador de modificar el horario de trabajo, las horas extras, los turnos, las remuneraciones y otros pagos, y todo lo relacionado con las condiciones de trabajo; principio que guarda concordancia con la protección constitucional del trabajo y derechos laborales reconocidos. Cualquier variación de las condiciones en que se presta el derecho al trabajo se encuentra restringido por este principio, para evitar se creen situaciones perjudiciales o desventajosas para el trabajador.

El Decreto Legislativo N° 18471 del 10 de noviembre de 1970 ya contemplaba la imposibilidad de reducción de turnos que involucren una reducción de remuneración, sino contaba con la aceptación del trabajador, siendo susceptible de negociación; el decreto legislativo en esta orientación regula en el artículo 30.b la prohibición de reducción inmotivada de la remuneración.

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

g) Principio del rendimiento

Está vinculado al trabajador y a la productividad, orientado a que el trabajador tenga un rendimiento que justifique la exigencia del monto y pago de una remuneración, poniendo como límite su permanencia en el empleo al contemplar la posibilidad de la terminación del contrato de trabajo por falta de rendimiento. Se contempla como principio a favor del trabajador al sustentar el incremento de remuneraciones en relación del rendimiento y la productividad, siendo mayor esta última, justifica una mayor remuneración.

h) Principio de probidad

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

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

i) Principio de continuidad de la relación laboral

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

j) Principio de la Primacía de la Realidad

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

De acuerdo a este principio, prevalece la realidad en la prestación laboral, que lo consignado en los documentos; es la forma, modo, lugar, tiempo en que se realiza la actividad laboral la que determinará el tipo de prestación, y no los contratos suscritos ni documentos. La finalidad principista es proteger al trabajador del fraude ante la ley,

proscribiendo formulas contractuales ficticias y contradictorias con la realidad del trabajo prestado; en toda discrepancia entre uno y otro, prevalece los hechos sobre los documentos.

En el ámbito jurisdiccional, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, en uniforme jurisprudencia ha establecido que si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicio civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de la irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan. Por tanto, es evidente que las labores, al margen de la apariencia temporal que se refleja en el contrato de servicios no personales, al tener en su ejecución las características de subordinación, dependencia y permanencia, son sin duda alguna de naturaleza laboral por este principio, que es un elemento implícito, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la actual Constitución Política, la que considera el trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona; lo que tiene prioridad frente al principio constitucional que sostiene que los contratos son ley entre las partes. Ante este conflicto de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, obviamente se ha preferido el de mayor valor como es el del trabajo, por ser un derecho que caen en la esfera de los derechos humanos universalmente reconocidos, al que los estados suscriptores deben protección.

k) Principio de irrenunciabilidad de derechos

La Constitución Política de 1993 reconoce el principio señalando en el artículo 26 inciso segundo que en la relación laboral se respetan entre otros: "El carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley"; por la dimensión objetiva de la supremacía constitucional, todo pacto en contra de este principio es también nulo.

Todo contrato o acuerdo en contrario de la irrenunciabilidad de los derechos laborales es inválido, la manifestación de voluntad del

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

Durante las dos últimas décadas, en el Sector Público del Perú, a través de las leyes anuales de presupuesto y en normas conexas, se han dictado medidas de racionalidad y de austeridad en el gasto fiscal en materia de personal, prohibiéndose la creación de plazas eliminadas como consecuencia del cese de sus titulares producto de antitécnicos y forzados procesos de reorganización del aparato público y que se hicieron en nombre de la modernización y la eficiencia, pero que sin embargo su verdadera intención fue sacar personal para sustituirlos por otros. Estas medidas irracionales, empujaron a los nuevos administradores y gestores públicos, a sustituir esta carencia de plazas optando por la atípica contratación de Servicios No Personales, encubriendo de esta manera una típica relación laboral a la luz de la primacía de la realidad.

2.2.1.9. SERVIDOR PÚBLICO

La definición de servidor público, en norma específica, la encontramos en el Artículo 3° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, según el cual, servidor público es aquel ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Publica con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares.

Nótese que al referirse a la condición de "contratado", el Reglamento no hace distinción del tipo de contrato, lo que en sentido estricto, tomando en cuenta las demás condiciones previstas en la norma, y en

concordancia con el Artículo 1° de la N° 24041, incluiría los trabajadores por Servicios No Personales.

Dice Bielsa (1960): "la realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que, en sentido lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el Estado".

Marienhoff (2003), a diferencia de lo establecido por el Artículo 3° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, hace una distinción con respecto a lo que el dispositivo legal comentado considera como elemento principal para definir al servidor público: "El concepto de funcionario público o de empleado público no se caracteriza por la índole de la designación o forma de ingresar a la Administración Publica, sino, ante todo, por la realización o cumplimiento de funciones esenciales y especificas propias de la Administración Publica, o por la contribución a que tales funciones sean realizadas...

Sin embargo, las sucesivas leyes emitidas como parte del proceso de modernización de la gestión del Estado, nos ofrecen otras definiciones, tales como:

- "Servidores públicos, son para los efectos de esta Ley, todo aquel que independiente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con alguna de las entidades comprendidas en el Artículo 3° de la presente Ley, y que en virtud de ello ejerce funciones en la entidades comprendidas en el Artículo 3° del Decreto Ley N° 26162, Ley del Sistema Nacional de Control, Disposiciones Finales a través de esta definición, incluye tácitamente a los Servicios No Personales.
- La Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, en su Artículo 4°, numerales 4.1 y 4.2, define al servidor público como sigue: "A los efectos del presente Código se considera como servidor público a todo funcionario, servidor o empleado de las entidades de la Administración Publica, en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que

desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado."

Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que este sujeto."

Esta reciente norma, hace más patente el reconocimiento a los Servicios No Personales de una condición no contemplada en el Código Civil.

El Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, Reglamento de la Ley N° 27815, al referirse a los servidores públicos, los llama "empleados públicos" de lo que se colige, por la definición anterior, que los Servicios No Personales son empleados públicos.

- Una siguiente variación del concepto de servidor público la encontramos, en forma indirecta, en el Título Preliminar, Articulo I, Ámbito de aplicación, de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al definir a las entidades de la Administración Publica, dentro de las cuales incluye a las "...personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia"

  De acuerdo a ello, los servidores de tales entidades deberán ser también considerados como servidores públicos, no obstante ejercer su totalmente distinto.

- La Ley Marco del Empleo Público N° 28175, en su Artículo 4°, define y clasifica a los servidores públicos en:

  Directivo superior: El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.

  A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del

10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.

Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán funciones en la actividad privada y bajo un régimen laboral ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.

Ejecutivo: El que desarrolla funciones administrativas, entiendes por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoria y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

Especialista: El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.

De apoyo: El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional."

Como puede observarse, se produce una variación sustancial en el concepto de servidor público, ya que no gira alrededor de la forma del vínculo, sino de la naturaleza de las funciones.

La explicación para ello es, probablemente, la tendencia del legislador a modernizar el Estado, erradicando la estabilidad laboral y el nombramiento, incorporando nuevos servidores solo en calidad de contratados cuya permanencia dependerá de los resultados de la evaluación del mérito y desempeñó, es decir, de la contribución que el trabajador este en capacidad de realizar a favor del servicio público.

En resumen, de acuerdo a nuestra legislación, para efectos de la presente investigación, definimos al servidor público como aquella "persona física que ha formalizado una relación jurídico laboral con el Estado, mediante contrato por servicios personales o no personales, nombramiento o designación, para realizar labores de naturaleza específica y permanente a nombre del Estado, con relación de

dependencia hacia este y recibiendo un pago a cambio de sus servicios, de acuerdo a una jerarquía".

Esta definición excluye a los trabajadores del sector privado comprendidos en el Título Preliminar, Artículo I, Ámbito de Aplicación de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, pero, como es de verse, dada la primacía de la realidad, incluye a los Servicios No Personales.

Así, tenemos que la condición de servidor público en nuestro país se caracteriza por:

- El ejercicio personalísimo del cargo.
- Una relación de dependencia del Estado.
- Las funciones son de carácter permanente.
- La retribución por la función desempeñada se rige por una escala según el tipo de actividad y el nivel alcanzado en la carrera pública.
- Los llamados Servicios No Personales, gozan de derechos similares a los servidores de carrera.
- Se accede a la función pública por concurso y se mantiene en la carrera por mérito y desempeño.

Sin embargo, en la Administración Publica laboran trabajadores pertenecientes a distintos regímenes laborales.

Así lo ha señalado la Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central, nombrada por D.S. N° 004-2001-TR, en su Informe, publicado el 15 de julio de 2001:

"Desde siempre, los servidores y funcionarios públicos estuvieron sujetos a un régimen laboral distinto a los trabajadores de la actividad privada, situación que tiene sustento y acogida tanto en la Constitución de 1979 como en la de 1993.

En la década de los ochenta, fueron expresamente unificados dentro del régimen de la actividad privada todos los trabajadores de las empresas del Estado. A mediados de la década de los noventa, dentro de un proceso de reforma del Estado que quedó trunco, una serie de

entidades e instituciones públicas comenzó también a migrar hacia el régimen laboral privado: entre ellas, algunas totalmente nuevas - como Indecopi, Osinerg, Conasev; otras reconstituidas - como la Contraloría General de la Republica, Sunat y Aduanas; e incluso algunas instituciones paradigmáticamente públicas y estatales como el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

En los actuales momentos coexisten en el Estado ambos regímenes, situación que incluso se proyecta al interior de las mismas instituciones, que deben manejar dos planillas."

Más adelante, la misma Comisión hace notar que en muchas entidades públicas de régimen laboral privado, subsisten métodos y sistemas heredados del régimen público, con prácticas negativas, con un sistema que se administra como público pero cuesta como privado.

Agrega que, dentro de ese proceso, se ha diluido el concepto de "carrera pública", perdiéndose toda iniciativa centralizada en materia de capacitación, calificación y desarrollo de cuadros profesionales.

La distribución antes señalada, motiva una sustancial diferencia en el aspecto remunerativo, menos del 45.3% de servidores de carrera pertenece al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276. En este grupo no se incluye a los empleados pertenecientes a la carrera magisterial, profesionales de la salud, diplomáticos, jueces y fiscales. En cambio, el 40,2% se encuentra contratado por la modalidad de servicios no personales. Ello, implica que el gasto de la planilla se distribuye con un 36,1% para al régimen 276 y el 44,6% para SNP.

De lo anterior, se desprende que la Administración Publica tiene incorporados al servicio trabajadores por la modalidad de servicios no personales y por el Régimen Especial de Contratación de Servicios (R.E.C.A.S.), no solo para labores administrativas, sino también para el desempeño de labores profesionales como docentes universitarios, médicos, enfermeras, ingenieros, arquitectos, etc.

A pesar que legalmente no existe vínculo laboral en sentido estricto con estos servidores, se da una relación jurídica laboral con características similares a dicho vinculo. En ese sentido, estamos ante

una relación laboral sui generis, distorsionada por el propio Estado, para convertir a una figura contemplada en el Código Civil en otra que comporta ciertos atributos del servidor público de carrera, tal como lo define el Artículo 3° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM ya comentado. Sin embargo, así como goza de ciertos atributos, estos no se dan en su totalidad porque, por ejemplo, los Servicios No Personales no tienen derecho a vacaciones, beneficios sociales, asignaciones, bonificaciones ni aguinaldos.

No obstante, cada año el Poder Ejecutivo viene suspendiendo las labores públicas en los últimos quince días del año, beneficio del que gozan también los Servicios No Personales, recibiendo por ese período sus honorarios completos. No obstante, no puede llamarse vacaciones a este descanso, porque el concepto de "vacaciones" conlleva a beneficios ulteriores, como las llamadas "vacaciones truncas" o la "compensación vacacional" al cesar el servidor.

La relación jurídica laboral entre el Estado y los servidores públicos, una vez establecida, da origen a un conjunto de deberes y derechos. Uno de estos derechos es el de la estabilidad laboral, contemplado en el inciso g) del Artículo 24° del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Publico. Al mismo tiempo, el Estado le impone al servidor público el cumplimiento diligente y responsable de sus obligaciones, siendo pasible de ser sancionado en caso de incumplimiento, debiendo respetarse en tal caso el debido proceso.

En la relación jurídica laboral, el Estado no concede el mismo trato ni impone las mismas obligaciones ni los mismos derechos a todos sus servidores. Un grupo de ellos, atendiendo a la jerarquía, forma parte de un equipo de funcionarios y directivos de diverso nivel, los cuales reciben un trato diferenciado tanto en lo remunerativo como en las obligaciones y responsabilidades.

A estos cargos no pueden acceder los Servicios No Personales ni los trabajadores del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, salvo por designación, lo que da lugar a la resolución del

contrato y, al término de la designación, al no ser servidores de carrera, cesan su relación con el Estado, en concordancia con el Artículo 77° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

En efecto, dicho Artículo establece que "La designación consiste en el desempeño de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por decisión de la autoridad competente en la misma o diferente entidad,... Si el designado es un servidor de carrera, al término de la designación reasume funciones del grupo ocupacional y nivel de carrera que le corresponda en la entidad de origen. En caso de no pertenecer a la carrera concluye su relación con el Estado".

Jiménez afirma que a diferencia de los servidores permanentes, cuyo vinculo se establece solo mediante la Resolución de nombramiento, en los contratos por Servicios No Personales existe la suscripción de un contrato que obedece a términos de referencia establecidos por la entidad pública y que el contratado debe reunir para desarrollar la función, así como se establecen también en el contrato las clausulas referidas a las propias funciones, honorarios, duración y otras condiciones que estime el empleador.

De esta manera, se da un intercambio con valor jurídico para la realización de unos fines o intereses, merecedores de tutela jurídica; ese intercambio reciproco de declaración de voluntades de los sujetos de la misma y su consecuente congruencia o acuerdo es imprescindible para la existencia misma de la propia relación jurídica.

Según la doctrina civilista el contrato es todo acuerdo de voluntades por medio del cual los interesados se obligan mutuamente. Es así que el contrato crea obligaciones civilmente exigibles, como en todo negocio jurídico y, esto, es válido tanto para el locador como para el locatario.

Los trabajadores contratados por la modalidad de Servicios No Personales no ocupan cargos previstos o presupuestados en el Cuadro de Asignación de Personal (C.A.P.), por lo tanto, tampoco figuran en Presupuesto Analítico de Personal (P.A.P.). En consecuencia, no ocupan cargos en el sentido estricto del término. Por otro lado, sus honorarios son

abonados con Recursos Directamente Recaudados y no con Recursos Ordinarios.

En cambio, los gastos por dicho concepto, que pertenecen a la Partida Genérica 3, Servicios, deben encontrarse debidamente presupuestados por la entidad. De ello se desprende que la contratación de trabajadores por dicha modalidad, no está librada al capricho o voluntad de los funcionarios del Estado, sino que debe realizarse mediante concurso de méritos y contar con los recursos necesarios.

Piccone (1977), señala que el acto de nombramiento del empleado público, no puede ser decisivo para la calificación como acto unilateral. La forma de exteriorización de la voluntad de la Administración, en este caso, no puede ser considerada como un acto unilateral, porque desde la iniciación del proceso tendiente a emanarlo, el sujeto nombrado ha postulado, rendido prueba de suficiencia, ha llenado formularios, manifestando con todos esos actos preparatorios su voluntad de ser empleado público. Así, la relación jurídica emergente del empleo público es un contrato administrativo.

Para este autor, en la Administración Publica existe contrato entre el Estado y el servidor público porque para la formación, realización y extinción hay manifestación bilateral de voluntades. Esto se explica, porque cuando la administración realiza un contrato no expresa una manifestación unilateral de voluntad, sino que se somete a determinadas formalidades, como el concurso, su publicidad, etc., que no pueden ser omitidas sin peligro de nulidad.

El hecho de que los empleados públicos, en algunos casos, queden comprendidos en normas de carácter legal o reglamentario, no contradice la esencia contractual de la relación de empleo público, en tanto expresa una concurrencia de voluntades (Administración y administrado) de mutuo consentimiento. Los empleados que integran (como órganos- individuos) las estructuras de la Administración Publica (órganos -institución), tienen con esta una relación contractual stricto sensu. Esa relación es contractual desde su mismo origen, se proyecta como tal a lo largo de la ejecución del contrato y se perfecciona por el acuerdo de voluntades que

dan la Administración y el agente o empleado público. El objeto de tal contrato serán las funciones que deberá desempeñar el agente, una vez integrado al órgano administrativo, quien ya en posesión efectiva del cargo, queda sujeto a un conjunto de deberes que tiene que cumplir y nacen desde ese momento un conjunto de derechos a los cuales se hace acreedor.

2.2.1.10. Teorías relativas a la naturaleza jurídica del empleo público

Desde el punto de vista doctrinario, las principales teorías relativas a la naturaleza jurídica del empleo público son:

a) Teoría estatutaria o teoría autoritaria

Mairal (1990) afirma que esta teoría considera que la relación jurídica Estado - servidor público depende exclusivamente del Estado, quien tiene la potestad del nombramiento, siendo irrelevante la voluntad del servidor, el que se limita a aceptar dicho nombramiento.

El contenido de esta relación jurídica esta predeterminado por la norma, sin posibilidad de modificación o negociación. Resulta evidente que, según esto, existiría una relación de desigualdad, en la que predomina la decisión unilateral del Estado.

Podemos observar que esta teoría señala que:

- Por más que haya aproximación de instituciones y principios jurídicos relativos a las relaciones de empleo privado y de empleo público, la relación de empleo público no es contrato de trabajo;
- Entre los empleados públicos hay quienes representan al Estado por expresa disposición legal o por su jerarquía en la organización del servicio, ejerciendo una verdadera función estatal en las distintas ramas en que la autoridad del Estado se manifiesta, y otros en cuya relación prevalece el aspecto del trabajo subordinado;
- En la relación del servidor subordinado parece existir cierta duplicidad de status: en cuanto a la situación conferida por el derecho público, aparece otra en la cual entran los elementos jurídicos laborales;

- Debe reconocerse a estos empleados el carácter de trabajadores, en el sentido del derecho laboral, con respecto al derecho de asociación, de concertar convenios colectivos, de recurrir a la conciliación y arbitraje, y al derecho de huelga, siempre que estas instituciones se usen con fines de mejoramiento de remuneración u otras condiciones de trabajo, respecto de las cuales las prerrogativa de fijación unilateral se considera como prescindible.

También debe señalarse que en cuanto a la remuneración, no existe un acuerdo entre las partes, sino que esta es fijada por el Estado mediante norma legal que establece escalas según los tipos de servidores, como por ejemplo: empleados de Oficina (Profesionales Técnicos y Auxiliares), Profesionales de la Salud, Magisterio Nacional, Magistrados, etc. Es más, los incrementos remunerativos son decididos también por el Estado.

b) Teoría Contractualista

Para esta teoría la relación jurídica laboral es consecuencia de un negocio jurídico contractual y no de la exclusiva voluntad de una de las partes de la misma. Lo verdaderamente esencial para la existencia de un contrato es que haya un encuentro de voluntades que produzca efectos jurídicos, no existiendo situación de igualdad de las partes.

Guibourg (2002) afirma que el empleo público y contrato privado de trabajo son términos asimilables, diferenciándose solo en la voluntad del legislador. Sostiene, además, con respecto a la subordinación a que se hallan sometidos los trabajadores del derecho público, que decir que el empleo público se distingue del privado porque una de sus partes es publica es un razonamiento circular, ya que de poco sirve calificar a un ente como persona de derecho público o persona de derecho privado o distinguir en el actividades públicas o privadas, si no se establecen las circunstancias empíricas que dan lugar a la distinción y las consecuencias prácticas que de ella se siguen.

Desde nuestro punto de vista, la relación jurídica laboral Estado - servidor público, se inscribe dentro de la teoría utilitarista para los servidores permanentes, aun cuando estos laboren en entidades públicas de derecho privado. En el caso de los servicios no personales, la relación contractual se da dentro de la teoría del contrato.

El hecho de que los empleados públicos, en algunos casos, queden comprendidos en normas de carácter legal o reglamentario, no contradice la esencia contractual de la relación de empleo público, en tanto expresa una concurrencia de voluntades (Administración y administrado) de mutuo consentimiento. Los empleados que integran (como órganos- individuos) las estructuras de la Administración Publica (órganos -institución), tienen con esta una relación contractual stricto sensu. Esa relación es contractual desde su mismo origen, se proyecta como tal a lo largo de la ejecución del contrato y se perfecciona por el acuerdo de voluntades que dan la Administración y el agente o empleado público.

Encontramos, asimismo, que en nuestro ordenamiento constitucional y legal, la relación jurídica laboral Estado - servidores públicos, en forma específica o subsidiaria, se encuentra normada por las siguientes disposiciones:

- Constitución Política de 1993.
- Ley N° 24041 ("Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del D. Ley. 276')
- Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Publico.
- Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276.
- Resolución de Contraloría N° 072-98-CG, Normas Técnicas de Control Interno para el Sector Publico.
- Ley de Presupuesto.

- Resolución de Contraloría N° 123-2000-CG, del 23 de junio del 2000.
- Decreto Ley N° 26162, Ley del Sistema Nacional de Control.
- Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, Reglamento de la Ley N° 27815 k. Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. l. Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, que según la exposición de motivos de los proyectos de ley sobre carrera pública, marca la tendencia a la universidad y dispone que sus normas sean aplicables al personal incluido en regímenes especiales, para resolver situaciones no previstas en ellas. De esta manera, se estima, el resto funcionara como norma subsidiaria.

Además de las ya señaladas, debemos mencionar una diferencia notable entre servidores de carrera y Servicios No Personales: mientras que a los primeros no se les puede disminuir la remuneración, a los segundos se les hace suscribir contratos trimestrales dentro de cada ejercicio presupuestal, pudiendo renovarse en forma consecutiva. Sin embargo, también es posible que se les imponga la suscripción de un nuevo contrato que estipule el cambio de funciones o de ubicación dentro de la entidad pública contratante, el incrementando o disminución de honorarios o, en general.

2.2.1.11. Carrera Administrativa Pública en el Perú

La Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.

Asimismo, debe entenderse como:

- Servidor Público, al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la Administración Pública, con nombramiento o contrato de la Autoridad competente, con las formalidades de la Ley, en jornada

legal y sujeto a retribución remuneratoria permanente en periodos regulares.

- Funcionario Público, al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y en los organismos con autonomía, según lo señala el Artículo 4° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM "Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa. El Art. 40° de la Constitución de 1,993, establece que la Ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. Por su parte, el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Publico, define la carrera administrativa como "...el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Publica", siendo su objetivo "...permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público".

En el mismo sentido, el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, define y comprende en la Carrera Administrativa a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Publica.

De una manera clarificadora, la Ley excluye de la carrera administrativa a los servidores públicos contratados (sin especificar si tienen o no vínculo laboral) y a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, así como a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.

Asimismo, la Ley No 24041, del 27 de diciembre 1984, establece que los servidores públicos contratados para labores de naturaleza

permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Título I del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Publico.

Quiere decir, que los servicios no personales solo pueden ser despedidos ante la comisión de faltas de carácter disciplinario, previo proceso administrativo disciplinario. De esto se desprende la imputación de responsabilidad administrativa a estos servidores, lo que los coloca en la misma situación de los servidores permanentes. En caso de despido arbitrario, los trabajadores contratados bajo dicha modalidad tienen expedito su derecho para promover la acción contencioso- administrativa para lograr su reposición.

La Ley prevé que el ingreso a la carrera administrativa se realiza por el nivel inicial de cada grupo ocupacional, de acuerdo a las vacantes establecidas en el presupuesto de cada entidad. Desde el punto de vista de la carrera administrativa, para la realización de labores administrativas de naturaleza permanente, solo se puede incorporar a servidores en calidad de contratados por servicios personales, nombrados o designados.

En el caso de servidores contratados con vínculo laboral, el contrato no puede renovarse por más de tres años consecutivos; vencido este plazo, el servidor podrá ingresar a la carrera administrativa, previa evaluación favorable y siempre que exista la plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos.

Sin embargo, las entidades públicas no pueden incorporar nuevos servidores en forma indiscriminada, pues, la Ley, establece la previa planificación de necesidades de personal en función del servicio y sus posibilidades presupuestales.

Por otro lado, la carrera administrativa tiene una estructura vertical. El ascenso del servidor se produce mediante promoción a nivel inmediato superior de su respectivo grupo ocupacional, previo concurso de méritos y existencia de plaza vacante.

Los empleados públicos tienen derecho a participar en programas de capacitación, debiendo también ser sometidos a procesos de evaluación de méritos individuales y de desempeño en el cargo, como factores determinantes de las calificaciones para concursos. Es de verse que los procesos de evaluación no tienen una función descalificadora para la continuación en el servicio, como lo proponen actualmente los Proyectos de Ley de Carrera Publica

Sin embargo, la legislación actual contempla la posibilidad de cambio de grupo ocupacional en forma descendente, previo consentimiento expreso del servidor.

En cuanto a las obligaciones, los servidores públicos deben:

a) Cumplir personal y diligentemente los deberes que impone el servicio público;
b) Salvaguardar los intereses del Estado y emplear austeramente los recursos públicos;
c) Concurrir puntualmente y observar los horarios establecidos;
d) Conocer exhaustivamente las labores del cargo y capacitarse para su mejor desempeño;
e) Observar buen trato y lealtad hacia el público en general, hacia los superiores y compañeros de trabajo;
f) Guardar absoluta reserva en los asuntos que revistan tal carácter, aun después de haber cesado en el cargo;
g) Informar a la superioridad de los actos delictivos o de inmoralidad cometidos en el ejercicio de la función pública; y
h) Las demás que le señale las leyes o el reglamento.

Estas obligaciones no son exclusivas de los servidores de carrera, puesto que, están también sometidos a ellas los trabajadores por Servicios No

Personales, incluyendo la concurrencia puntual y la observancia de los horarios establecidos en muchas entidades públicas.

Adentrándonos más en la similitud entre servidores de carrera y Servicios No Personales, en el mismo sentido que las obligaciones, las

prohibiciones a los primeros alcanzan también a los segundos, tal como se puede apreciar a continuación:

a) Realizar actividades distintas a su cargo durante el horario normal de trabajo salvo labor docente universitaria;
b) Percibir retribución de terceros para realizar u omitir actos del servicio;
c) Realizar actividad política partidaria durante el cumplimiento de las labores;
d) Emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente;
e) Celebrar por si o por terceras personas o intervenir directa o indirectamente en los contratos con su Entidad en los que tengan intereses el propio servidor, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y
f) Las demás que señalen las leyes o el reglamento.

En cambio, en cuanto a los derechos de que gozan los servidores de carrera, no son aplicables en ningún caso a los Servicios No Personales, los que se refieren:

- Hacer carrera pública;
- Gozar de estabilidad laboral;
- Percibir la remuneración que corresponde a su nivel, incluyendo las bonificaciones y beneficios que procedan conforme a ley;
- Gozar anualmente de treinta días de vacaciones remuneradas;
- Hacer uso de permiso o licencias por causas justificadas o motivos personales;
- Obtener préstamos administrativos;
- Reincorporarse a la carrera pública al termino del desempeño de cargos electivos;
- Ejercer docencia universitaria, sin ausentarse del servicio más de seis horas semanales;
- Recibir menciones, distinciones y condecoraciones de acuerdo a los méritos personales;

- Reclamar ante las instancias y organismos correspondientes de las decisiones que afecten sus derechos;
- No ser trasladado a entidad distinta sin su consentimiento;
- Constituir sindicatos con arreglo a ley.
- Hacer uso de la huelga en la forma que la ley determine;
- Gozar, al término de la carrera, de pensión dentro del régimen que le corresponde;

Los demás que señalen las leyes o el reglamento. m) Los derechos reconocidos por la Ley a los servidores públicos son irrenunciables. Toda estipulación en contrario es nula.

No obstante, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencias recaídas en expediente sobre despidos arbitrarios a Servicios No Personales, obliga a las entidades a someter a proceso administrativo disciplinario a dichos trabajadores cuando cometen faltas. Quiere decir que, al igual que los servidores de carrera, son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan. La diferencia está en que para ellos solo es posible la sanción de resolución del contrato, equivalente a la sanción de destitución para los servidores de carrera.

Nótese que aquí, no se cumple la graduación de la sanción en correspondencia con la magnitud de la falta, pues, la resolución del contrato es la única medida disciplinaria, pero si se da la prohibición de contratar con el Estado por un periodo determinado.

La incorporación de los servidores públicos se encuentra regulada por el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Publico, señalando además dicho Artículo que debe incorporarse personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su

realización personal en el desempeño del servicio público. Asimismo, la ubicación de los servidores debe darse según calificaciones y méritos.

Asimismo, los requisitos legales y prácticas para el ingreso a la carrera administrativa, según el Artículo 12° de la norma acotada, son:

- Ser ciudadano peruano en ejercicio;
- Acreditar buena conducta y salud comprobada;
- Reunir los atributos propios del respectivo grupo ocupacional;
- Presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión; y
- Los demás que señale la Ley.

A pesar que la Ley señala que los requisitos antes citados son para el ingreso a la Carrera Administrativa, son también exigidos para la incorporación de trabajadores por Servicios No Personales y del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, con lo cual se les está dando un tratamiento similar a los servidores de carrera.

No se cumple, en cambio el ingreso por el nivel inicial de cada grupo ocupacional, tal como señala el Artículo 13°, por la sencilla razón que ambos tipos de servidores contratados no pertenecen a la carrera.

Sin embargo, el Artículo 15°, establece que "La contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente no puede renovarse por más de tres años consecutivos. Vencido este plazo, el servidor que haya venido desempeñando tales labores podrá ingresar a la Carrera Administrativa, previa evaluación favorable y siempre que exista la plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos", disposición que guarda concordancia con el Artículo 2° de la Ley N° 24041 ya comentado.

Quiere decir que, más allá de no poder cesar ni destituir a los Servicios No Personales y trabajadores sujetos al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios sino por causas previstas en el Capítulo V del D. Ley. 276, teóricamente, estos podrían acogerse más adelante a lo dispuesto por el Artículo 15° del Decreto Legislativo N° 276, dado que el Tribunal Constitucional ha sentenciado en numerosos casos

a favor de dichos trabajadores cuando cumplen los supuestos contenidos en el Artículo 2° de la Ley N° 24041.

A pesar que el segundo párrafo del Artículo 15° del Decreto Legislativo N° 276, establece que sus disposiciones no son aplicables "... a los servidores que por su propia naturaleza sean de carácter accidental o temporal, tampoco se podría prescindir de este tipo de servidores, teniendo en cuenta, precisamente, que la Administración Pública, contrariamente a lo establecido por la ley, los incorporo para realizar labores de naturaleza permanente.

A diferencia de lo señalado por Marienhoff ( ), nuestro ordenamiento legal define a los servidores públicos por el tipo de vínculo y no por la naturaleza de la función, cuestión que si es utilizada por la ley para definir la carrera administrativa. En efecto, el Decreto Supremo N° 005- 90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276, al definir la carrera administrativa, señala la naturaleza permanente de los servicios que en ella se prestan. Al mismo tiempo, en su Artículo 23°, define los "Cargos" como "los puestos de trabajo a través de los cuales los funcionarios y servidores desempeñan las funciones asignadas."

Por otro lado, el proceso de incorporación a las modalidades de Servicios No Personales y del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicio, no corresponde al Sistema Nacional de Personal, sino al Sistema Nacional de Abastecimiento.

La Ley N° 28652, Ley de Presupuesto del Sector Publico para el Año Fiscal 2006, en su Artículo 8°, entre otras, establece como disposición de austeridad, independientemente de la fuente de financiamiento: "Queda prohibido, sin excepción, el ingreso de personal por servicios personales y el nombramiento". La misma norma, permite la celebración de contratos de servicios no personales y/o locación de servicios con personas naturales, siempre que:

Los recursos destinados a celebrar tales contratos estén previstos en sus respectivos presupuestos autorizados.

El locador que se pretenda contratar no realice actividades o funciones equivalentes a las que desempeñe el personal permanente

conforme al Reglamento de Organización y Funciones - ROF de la entidad, debiendo limitarse a efectuar funciones de carácter específico, temporal y eventual.")

La Resolución de Contraloría N° 072-98-CG, Normas de Control Interno para el Área de Administración de Personal, derogada por Resolución de Contraloría N° 320-2006-CG, establecía en su Norma 400-02, Incorporación de Personal, que "El ingreso de personal en cada entidad debe efectuarse previo proceso de convocatoria, evaluación y selección para garantizar su idoneidad y competencia".

Al comentar la norma, la Resolución señalaba que corresponde al Área de Personal de cada entidad participar en los procesos relacionados con la incorporación de personal.

La Ley N° 28175 Ley Marco del Empleo Público, en su Artículo 5° establece el acceso al empleo público, señalando que este se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

Al referirse al procedimiento de selección, el Artículo 8°, expresa: "El procedimiento de selección se inicia con la convocatoria que realiza la entidad y culmina con la resolución correspondiente y la suscripción del contrato..."

Esta norma, que debió entrar en plena vigencia el 1° de enero de 2006, se encuentra actualmente suspendida no solo porque no se han promulgado las otras cinco leyes complementarias, sino porque continúan vigentes el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, así como la Ley N° 11377, esta última como legislación laboral pública .

De lo establecido por el Artículo 8° de la Ley Marco del Empleo Público, se desprende que, una vez promulgadas las leyes pendientes, la estabilidad laboral de los nuevos servidores públicos quedara erradicada, puesto que los nuevos trabajadores ingresaran en la condición de contratados.

El Proyecto de Ley de Gestión del Empleo Público, en su Artículo 13°, señala las pautas para la previsión de dotación de personal de carácter temporal, precisando que:

- Las entidades solo podrán prever la captación de empleados públicas de carácter temporal o accidental por un periodo no mayor a doce meses, siempre que se presente una de las siguientes condiciones: 1. Initio de actividades de una entidad, apertura de oficinas descentralizadas o la asunción de una nueva actividad funcional.
- Cumplir labores subordinadas que no forman parte de las actividades permanentes de la entidad siempre que no sea posible desempeñarlas mediante una redistribución de los servidores públicos de carrera.
- Desarrollar programas, proyectos o actividades de duración determinada o temporales, referidos a actividades no habituales de la entidad.
- Incrementos sustanciales e imprevisibles de la demanda de servicios que no puedan ser satisfechas con personal de carrera.

En cada oportunidad, se deberá justificar y expresar la causa temporal de contratación tanto en los requerimientos como en el respectivo contrato con el empleado.

Estos empleos no forman parte de la carrera administrativa, ni generan derecho de ninguna clase para efectos de la misma. No obstante para su ingreso, se realizara proceso de selección, y quedaran sujetos a los mismos deberes, prohibiciones e incompatibilidades del personal permanente. El vencimiento del plazo del contrato, determina la conclusión del contrato de pleno derecho, sin admitir ninguna prórroga, ampliación o renovación.

Existe aquí una grave contradicción con la Ley Marco del Empleo Público, puesto que al señalar esta que los nuevos servidores públicos ingresaran a la carrera administrativa en condición de contratados, su vínculo tendrá, necesariamente carácter de temporalidad, no entendiéndose, por tanto, que nueva figura establece el Proyecto de Ley de Gestión del Empleo Público.

2.2.2. IMPLICANCIAS JURÍDICAS

2.2.2.1. Proceso de Amparo y Estabilidad Laboral Ficta

Según lo establece el Artículo 1 del Código Procesal Constitucional, los procesos constitucionales "...tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo."

La demanda es declarada fundada por el juez si, después de presentada esta, cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable. Al mismo tiempo, dispone que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, advirtiéndole que de no ser así se le aplicaran las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

Los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo y habeas data protegen contra la amenaza o violación de los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. En el caso de amenaza de violación, esta debe ser cierta y de inminente realización para ser declarada fundada.

El mismo Código establece que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. No obstante, si el agraviado dejo consentir la resolución que dice afectarlo, la demanda deviene en improcedente.

Una notable innovación constituye la limitación del acceso a los procesos constitucionales cuando:

- Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

- Existan las procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de habeas corpus;.
- El agraviado haya recurrido previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional;
- No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de habeas corpus;
- A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable;
- Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;

Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado;

Se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, salvo cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva. Tampoco procede contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil si pueden ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones;

Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno. Los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes;

Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de habeas corpus."

Por su naturaleza, en los procesos constitucionales no existe etapa probatoria, siendo solo procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. Asimismo, se dispone que los jueces tramitaran con

preferencia los procesos constitucionales y que la responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, sea exigida y sancionada por los órganos competentes.

Si el juez lo estima necesario, puede conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento. Para su expedición se exigirá apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión. Se dictan sin conocimiento de la contraparte y la apelación solo es concedida sin efecto suspensivo. Su procedencia, trámite y ejecución dependen del contenido de la pretensión constitucional intentada y del aseguramiento de la decisión final.

La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada. Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva. Los efectos de esta medida permanecen hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido al demandante, o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución.

Si la resolución ultima no reconoce el derecho reclamado por el demandante, se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar. El sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad. De verificarse la misma, en modo adicional a la condena de costas y costos, se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal.

La resolución que fija las costas y costos es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria y la multa lo es con efecto suspensivo.

La sentencia que resuelve los procesos a que se refiere el presente título, deberá contener, según sea el caso:

- La identificación del demandante;
- La identificación de la autoridad, funcionario o persona de quien provenga la amenaza, violación o que se muestre renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo;
- La determinación precisa del derecho vulnerado, o la consideración de que el mismo no ha sido vulnerado, o, de ser el caso, la determinación de la obligación incumplida;
- La fundamentación que conduce a la decisión adoptada;
- La decisión adoptada señalando, en su caso, el mandato concreto dispuesto.

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad. Los medios probatorios que acreditan hechos trascendentes para el proceso, pero que ocurrieron con posterioridad a la interposición de la demanda, pueden ser admitidos por el Juez a la controversia principal o a la cautelar, siempre que no requieran actuación. El Juez pondrá el medio probatorio en conocimiento de la contraparte antes de expedir la resolución que ponga fin al grado.

2.2.2.2. Derechos protegidos



- De sindicación, negociación colectiva y huelga;
- De propiedad y herencia;
- De petición ante la autoridad competente;
- De participación individual o colectiva en la vida política del país;
- A la nacionalidad;
- De tutela procesal efectiva;
- A la educación, así como el derecho de los padres de escoger el centra de educación y participar en el proceso educativo de sus hijos;

- De impartir educación dentro de los principios constitucionales;
- A la seguridad social;
- De la remuneración y pensión;
- De la libertad de cátedra;
- De acceso a los medios de comunicación social en los términos del artículo 35 de la Constitución;
- De gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida;
- A la salud; y
- Los demás que la Constitución reconoce.

2.2.2.3. Derechos no protegidos

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

2.2.2.4. Legitimación

El afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo.

2.2.2.5. Representación Procesal

El afectado puede comparecer por medio de representante procesal, no siendo necesaria la inscripción de la representación otorgada.

Tratándose de personas no residentes en el pals, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la legalización de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

La demanda de amparo también puede ser interpuesta por cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento

constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos.

La Defensoría del Pueblo, por su parte, puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

2.2.2.6. Procuración Oficiosa

Cualquier persona puede comparecer en nombre de quien no tiene representación procesal, cuando esta se encuentre imposibilitada para interponer la demanda por sí misma, sea por atentado concurrente contra la libertad individual, por razones de fundado temor o amenaza, por una situación de inminente peligro o por cualquier otra causa análoga. Una vez que el afectado se halle en posibilidad de hacerlo, deberá ratificar la demanda y la actividad procesal realizada por el procurador oficioso.

2.2.2.7. Demanda

La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos:

- La designación del Juez ante quien se interpone;
- El nombre, identidad y domicilio procesal del demandante;
- El nombre y domicilio del demandado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7 del presente Código;
- La relación numerada de los hechos que hayan producido, o estén en vías de producir la agresión del derecho constitucional;
- Los derechos que se consideran violados o amenazados;
- El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;
- La firma del demandante o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.
- En ningún caso la demanda podrá ser rechazada por el personal administrativo del Juzgado o Sala correspondiente.

2.2.2.8. Acumulación subjetiva de oficio

Cuando de la demanda apareciera la necesidad de comprender a terceros que no han sido emplazados, el juez podrá integrar la relación procesal emplazando a otras personas, si de la demanda o de la contestación aparece evidente que la decisión a recaer en el proceso los va a afectar.

2.2.2.9. Plazo de interposición de la demanda

El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computara desde el momento de la remoción del impedimento.

Cuando se trata del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Las reglas que deberán observarse para el cómputo del plazo son las siguientes:

- El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.
- Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.
- Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.
- La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Solo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.
- Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.
- El plazo comenzara a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda.

2.2.2.10. Agotamiento de las vías previas

El amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas y, en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa, se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.

En cambio, no será exigible el agotamiento de las vías previas si:

Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable; La vía previa no se encuentra regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado; o no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

2.2.2.11. Calificación del Juez

a) Improcedencia liminar

Si el Juez al calificar la demanda de amparo considera que ella resulta manifiestamente improcedente, lo declarara así expresando los fundamentos de su decisión. Se podrá rechazar liminarmente una demanda manifiestamente improcedente en los casos previstos por el artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

También podrá hacerlo si la demanda se ha interpuesto en defensa del derecho de rectificación y no se acredita la remisión de una solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación o, a falta de este, a quien haga sus veces, para que rectifique las afirmaciones consideradas inexactas o agraviantes. Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto.

b) Inadmisibilidad

Si el Juez declara inadmisible la demanda, concederá al demandante tres días para que subsane la omisión o defecto, bajo apercibimiento de archivar el expediente, siendo apelable esta resolución.

c) Reconvención, abandono y desistimiento

En el amparo no procede la reconvención ni el abandono del proceso, pero si procede el desistimiento.

d) Acumulación de procesos y resolución inimpugnable

Cuando un mismo acto, hecho, omisión o amenaza afecte el interés de varias personas que han ejercido separadamente su derecho de acción, el Juez que hubiese prevenido, a pedido de parte o de oficio, podrá ordenar la acumulación de los procesos de amparo.

La resolución que concede o deniega la acumulación es inimpugnable.

2.2.2.12. Juez competente y plazo de resolución en corte

Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designara a uno de sus miembros, el cual verificara los hechos referidos al presunto agravio. La Sala Civil resolverá en un plazo que no excederá de cinco días desde la interposición de la demanda.

a) Impedimentos

El Juez deberá abstenerse cuando concurran las causales de impedimento previstas en el Código Procesal Civil. En ningún caso será procedente la recusación.

El Juez que intencionalmente no se abstiene cuando concurre una causal de impedimento, o lo hace cuando no concurre una de ellas, incurre en responsabilidad de naturaleza disciplinaria y penal.

b) Trámite

En la resolución que admite la demanda, el juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco

días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computara a partir de la fecha de su realización.

Si se presentan excepciones, defensas previas o pedidos de nulidad del auto admisorio, el Juez dará traslado al demandante por el plazo de dos días. Con la absolución o vencido el plazo para hacerlo, quedan los autos expeditos para ser sentenciados.

c) Costas y costos

Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el Juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos constitucionales el Estado solo puede ser condenado al pago de costos. En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

d) Apelación

La sentencia puede ser apelada dentro del tercer día siguiente a su notificación. El expediente será elevado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la concesión del recurso.

e) Trámite de la apelación

El superior concederá tres días al apelante para que exprese agravios. Recibida la expresión de agravios o en su rebeldía, concederá traslado por tres días, fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución.

Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la

causa. El superior expedirá sentencia dentro del plazo de cinco días posteriores a la vista de la causa, bajo responsabilidad.

Si el Juez lo considera necesario, realizará las actuaciones que considere indispensables, sin notificación previa a las partes. Inclusive, puede citar a audiencia única a las partes y a sus abogados para realizar los esclarecimientos que estime necesarios. El Juez expedirá sentencia en la misma audiencia o, excepcionalmente, en un plazo que no excederá los cinco días de concluida esta.

Si considera que la relación procesal tiene un defecto subsanable, concederá un plazo de tres días al demandante para que lo remedie, vencido el cual expedirá sentencia. Si estima que la relación procesal tiene un defecto insubsanable, declarara improcedente la demanda en la sentencia. En los demás casos, expedirá sentencia pronunciándose sobre el mérito.

Los actos efectuados con manifiesto propósito dilatorio, o que se asimilen a cualquiera de los casos previstos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, serán sancionados con una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referenda Procesal. Dicha sanción no excluye la responsabilidad civil, penal o administrativa que pudiera derivarse del mismo acto.

2.2.2.13. Contenido de la sentencia fundada

La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

Identificación del derecho constitucional vulnerado o amenazado;

Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;

Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación.

2.2.2.14. Ejecución de sentencia

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente Código, la sentencia firme que declara fundada la demanda debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Tratándose de omisiones, este plazo puede ser duplicado.

Si el obligado no cumpliera dentro del plazo establecido, el Juez se dirigirá al superior del responsable y lo requerirá para que lo haga cumplir y disponga la apertura del procedimiento administrativo contra quien incumplió, cuando corresponda y dentro del mismo plazo.

Transcurridos dos días, el Juez ordenara se abra procedimiento administrativo contra el superior conforme al mandato, cuando corresponda, y adoptara directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo.

El Juez podrá sancionar por desobediencia al responsable y al superior hasta que cumplan su mandato, sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario. En todo caso, el Juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto, y mantendrá su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho.

Cuando el obligado a cumplir la sentencia sea un funcionario público el Juez puede expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia. Para efectos de una eventual impugnación, ambas sentencias se examinaran unitariamente.

Cuando la sentencia firme contenga una prestación monetaria, el obligado que se encuentre en imposibilidad material de cumplir deberá manifestarlo al Juez quien puede concederle un plazo no mayor a cuatro meses, vencido el cual, serán de aplicación las medidas coercitivas señaladas en el presente artículo.

2.2.2.15. Rasgos esenciales del proceso de amparo

De acuerdo a la doctrina el acto lesivo de los derechos constitucionales puede clasificarse en actos pasados, presentes y futuros y de tracto sucesivo. En ese sentido, el Amparo es un mecanismo

extraordinario de efectiva tutela contra la amenaza o violación de derechos, cuya finalidad es reponer las cosas al estado anterior al acto cuestionado.

Al Amparo solo puede acudirse de manera residual, cuando no existe otro camino procesal para acceder a la pretensión jurídica y siempre que se trate de lograr la reposición de algún derecho constitucional transgredido o amenazado, pues la Acción de Amparo no es declarativa de derechos, sino restitutiva de aquellos.

Cairo (2005) sostiene que "...el reconocimiento del carácter residual del amparo nacional contenido en el artículo 5 inciso 2 del Código Procesal Constitucional es un paso importante. Sin embargo, no resulta suficiente para el éxito de este proceso constitucional. Para lograrlo se necesita, indispensablemente, un número adecuado de jueces dedicados exclusivamente al conocimiento de los procesos constitucionales y preparados debidamente para esta tarea. Por esa razón, la Tercera Disposición Final de este código dispone que los procesos de amparo se deben iniciar ante los jueces especializados en materia constitucional, en los distritos judiciales que cuenten con ellos."

Asimismo tiene carácter bilateral, es decir que el juez continúa con el procedimiento y dicta la sentencia aun cuando el demandado no conteste la demanda, sin necesidad de decretar formalmente la rebeldía del demandado. No obstante, la no contestación no conduce a la sanción procesal de tener por ciertos los hechos expuestos en la demanda y la necesaria sentencia favorable del juez.

Si es desfavorable al demandante no forma cosa juzgada. En las acciones de garantía la resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente. La resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente. Puede oponerse a quien pretendiera ejecutar o ejecutarse igual agresión.

Persigue la tutela jurisdiccional de una pretensión material mediante un proceso eficaz, y son ajenos al proceso los hechos que exigen probanza material o cuestiones jurídicas opinables, cuya dilucidación resulte incompatible con la sumariedad del procedimiento. Al mismo

tiempo, mantiene el equilibrio entre el poder de la autoridad y el derecho constitucional que le asiste al ciudadano.

2.2.2.16. La estabilidad laboral ficta

Uno de los procesos que más ardua labor ha demandado al Tribunal Constitucional es, probablemente, la de Amparo, especialmente relacionada con los despidos arbitrarios a trabajadores contratados por la modalidad de Servicios No Personales y con el tema pensionario del régimen del Decreto Ley N° 19990.

En el primer caso, tan alta demanda ha sido y es producto del accionar discrecional y caprichoso de los altos funcionarios de turno de las diferentes entidades públicas. Encontramos aquí una suerte de concepción de "hombre descartable" en la Administración Publica.

Dada la naturaleza del contrato por Servicios No Personales, quien accede a un cargo por esa modalidad debe cumplir una labor específica, que no puede ser asumida por los servidores de carrera y, al término de su labor, debe concluir su relación contractual con el Estado. Llama la atención, por tanto, que permanezca durante años, sujeto a condiciones laborales similares a las de los trabajadores nombrados y, asimismo, sus funciones varíen con el tiempo.

Este accionar de la Administración Pública desnaturaliza la figura de los contratos por Servicios No Personales, a tal punto que ha perdido su verdadera esencia, a lo que ha contribuido también la legislación vigente que protege a los trabajadores contratados. Encontramos, asimismo, imprecisiones en las normas legales que se refieren a los contratos en términos generales, sin especificar el tipo de contrato.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional cumpliendo su labor de máximo intérprete de la Constitución, ha emitido numerosas sentencias en acciones de amparo que han repuesto a trabajadores contratados por la modalidad de Servicios No Personales a sus puestos en las entidades del Estado. Muchas veces, estos trabajadores ya habían sido reemplazados por nuevos contratados, los

que a su vez permanecen al servicio del Estado, no obstante la reposición del trabajador despedido.

Esta situación resultó preocupante por diversas razones, a saber:

- De orden económico.- Los contratos por Servicios No Personales significan un fuerte egreso económico para el Estado. En primera instancia, significa el pago de honorarios en una caótica escala establecida a capricho de los funcionarios públicos; en segundo lugar debe hacerse un desembolso por cada trabajador contratado para dotarlo de mobiliario y equipo de cómputo, además de útiles de oficina. Todo ello incrementa el presupuesto público, muchas veces sin un objetivo claro y, menos aún, sin una adecuada medición del cumplimiento de metas.
- De orden social- Mediante esta modalidad se han refugiado en la Administración Pública muchos profesionales, padres de familia, cuya edad después de haber laborado durante muchos años para el Estado, los inhabilita para conseguir trabajo en el sector privado; pero también gente joven, los cuales sostienen sus estudios y a sus familias. Se plantea aquí una problemática difícil de resolver por decreto. El Estado se encuentra entonces en un grave conflicto: despedir a estos trabajadores para reducir el gasto y crear un grave problema social o incorporarlos al servicio del Estado incrementando el gasto debido a nuevos gastos de orden previsional y homologación de remuneraciones en las escalas de los demás servidores públicos.
- De orden jurídico - La estabilidad lograda por el amparo legal, confirmada por las sentencias del Tribunal Constitucional, que constituyen jurisprudencia de observancia obligatoria.
- De orden administrativo - La pretendida modernización del Estado, dispuesta por la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización del Estado, cuyo Artículo 1°, inc. 1.1., declara al Estado en proceso de modernización en sus diferentes instancias, dependencias, entidades, organizaciones y procedimientos, con la finalidad de mejorar la gestión pública y construir un Estado democrático, descentralizado y al servicio del ciudadano. Asimismo, el Artículo 13°, inc. 13.1., dispone la fusión

de direcciones, programas, dependencias, entidades, organismos públicos descentralizados, comisiones y en general toda instancia de la Administración Pública Central. Resulta impensable que tales acciones sean asumidas manteniendo el mismo número de servidores públicos.

Bernales (1996) señala que el tema de la estabilidad laboral apareció durante el gobierno militar del General Velasco, estableciéndose el despido solo por falta grave, que debía ser probada mediante un procedimiento que, en la práctica, hacia muchas veces difícil la probanza.

El Tribunal Constitucional, ha resuelto decenas de acciones y procesos de amparo promovidos por trabajadores de la Administración Pública contratados por la modalidad de Servicios No Personales y que fueron despedidos porque, según las entidades donde laboraban, se había vencido el contrato. Llama la atención que habiéndose emitido ya muchas sentencias reponiendo a estos trabajadores, los organismos públicos insistan, aun hoy, en prescindir de los servicios de estos trabajadores contratados.

Generalmente, los trabajadores fueron notificados mediante memorando y, ante el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, las entidades argumentaban como fundamento del despido lo dispuesto por el Código Civil.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional, ha utilizado el siguiente Fundamento: "...el artículo 1° de la Ley N° 24041 precisa que "Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él.

Las Sentencias emitidas en ese sentido, colocan a las entidades públicas en una situación de difícil solución, puesto que, cualquier despido arbitrario de trabajadores contratados será revocado por el Poder Judicial, retornando las cosas a su estado anterior.

Ello, significa, que los trabajadores contratados por Servicios No Personales, equiparan su derecho a la estabilidad laboral con el de los trabajadores permanentes, ya que no existe justificación legal que ampare los despidos. Quiere decir que las atribuciones o facultades que la ley reconoce al Estado como empleador no pueden vaciar el contenido a los derechos del trabajador.

2.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES

- **Agotamiento de la vía administrativa**

  Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148° de la Constitución Política del Estado.

  Son actos que agotan la vía administrativa:

  a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o

  b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o

  c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210° de la presente Ley;

  d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202° y 203° de esta Ley; o

  e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

- **Capacidad procesal**

  Tienen capacidad procesal ante las entidades las personas que gozan de capacidad jurídica conforme a las leyes.

- **Cargo**

  Es la denominación que exige el empleo de una persona que, con un mínimo de calificaciones acorde con el tipo de función puede ejercer de manera competente las atribuciones que su ejercicio le confiere.

- **Carrera administrativa**

  Es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Publica.

- **Exclusión de la carrera**

  De acuerdo a lo establecido por el artículo 2° de la Ley de Carrera Administrativa, no están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos públicos o de confianza, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado, o de sociedades de economía mixta.

  El artículo 40º de la Constitución Política establece claramente el personal que no se encuentra comprendido dentro de los alcances de la Carrera Administrativa, tales como los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza , los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta .

- **Clasificación de cargos**

  La Resolución de Contraloría N°072-2000-CG señala que la clasificación de cargos, es el proceso de ordenamiento de los cargos que requiere la entidad, basado en el análisis técnico de sus deberes y

responsabilidades y en los requisitos mínimos exigidos para su desempeño.

- **Contratos a plazo fijo**

  Son aquellos que se celebran para un servicio específico, entre un empleador y un trabajador, con un objeto previamente establecido y de duración determinada. Esta duración estará sujeta a la necesidad que requiera dicho servicio. Asimismo, este tipo de contrato puede ser renovado de acuerdo al tiempo necesario para concluir el servicio objeto de la contratación.

- **Contrato de personal**

  La Resolución Directoral N° 007-99-EF/76.01 señala que toda relación contractual, que implica un vínculo laboral, entre una persona natural y una Entidad del Estado.

- **Control de asistencia y permanencia**

  De acuerdo a la Resolución Directoral N° 010-92-INAP/DNP el Control de Asistencia y Permanencia es el proceso mediante el cual se regula la asistencia y permanencia de los funcionarios y servidores en su centra de trabajo, de acuerdo con la jornada laboral y horarios establecidos.)

- **Demanda**

  Acto en el que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo.

- **Designación**

  a. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del D. Leg. N° 276, Articulo 77°La designación consiste en el desempeñó de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por decisión de la autoridad competente en la misma o diferente entidad en este último caso se

requiere del conocimiento previo de la entidad de origen y del consentimiento del servidor. Si el designado es un servidor de carrera, al término de la designación reasumefunciones del grupo ocupacional y nivel de carrera que le corresponda en la entidad de origen. En caso de no pertenecer a la carrera concluye su relación con el Estado.

b. Resolución Directoral N° 007-99-EF/76.01, Glosario de Términos de Gestión Presupuestal del Estado, publicada el 23 de febrero de 1999.Es el acto por el cual la autoridad encarga y autoriza el desempeño de cargos de confianza con los derechos y las limitaciones que las leyes establecen. Se puede designar a un servidor de la Entidad o a una persona que no se encuentre dentro de la misma, para desempeñar cargos de confianza.

- **Falta disciplinaria**

El Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del D. Leg. N° 276, Articulo 150° señala que:

a. Se considera falta disciplinaria a toda acción u omisión, voluntaria o no, que contravenga las obligaciones, prohibiciones y demás normatividad específica sobre los deberes de servidores y funcionarios, establecidos en el Artículo. 28° y otros de la Ley y el presente reglamento. La comisión de una falta de lugar a la aplicación de la sanción correspondiente.

b. Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Articulo 28° señala que son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o con destitución, previo proceso administrativo:

1. El incumplimiento de las normas establecidas en la presente Ley y su Reglamento;

2. La reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores;

3. El incurrir en actos de violencia, grave indisciplina o faltamiento de palabra en agravio de su superior, del personal jerárquico y de los compañeros de labor;
4. La negligencia en el desempeño de las funciones;
5. El impedir el funcionamiento del servicio público;
6. La utilización y disposición de los bienes de la entidad en beneficio propio o de terceros;
7. La concurrencia reiterada al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes y, aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza de servicio revista excepcional gravedad;
8. El abuso de autoridad, la prevaricación o el uso de la función con fines de lucro;
9. El causar intencionalmente daños materiales en los locales, instalaciones, obras maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de esta;
10. Los actos de inmoralidad;
11. Las ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos o por más de cinco días no consecutivos en un periodo de treinta días calendario o más de quince días no consecutivos en un período de ciento ochenta días calendario; y
12. Las demás que señale la Ley.

- **Función pública**

a. Decreto Supremo N° 012-97-RE indica que toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

b. Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, Articulo 2°Toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Publica, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

- **Garantías constitucionales**

  Derecho que la Constitución de un Estado reconoce a los ciudadanos.

- **Incorporación de personal**

  La incorporación de personal es un proceso técnico que comprende, la convocatoria, evaluación y selección de los postulantes más idóneos para ocupar cargos en las entidades del sector público. La selección permite identificar a quienes por su conocimiento y experiencia, ofrecen mayores posibilidades para la gestión institucional.

  La administración debe asegurarse, que cada servidor que ingresa a la entidad, reúna los requisitos de idoneidad, experiencia y honestidad. Estos requisitos deberán ser acreditados documentadamente por quien presta el servicio. Corresponde al Área de Personal de cada entidad participar en los procesos relacionados con la incorporación de personal. Corresponde a la administración de la entidad determinar si los contratos a suscribir con firmas privadas se adecuan a las necesidades, que dieron lugar a su suscripción.

- **Políticas de recursos humanos**

  La Contraloría General de la Republica (1998) indica que las políticas de recursos humanos se relacionan con la contratación, orientación, capacitación, evaluación, asesoría, promoción y remuneración del personal de la entidad.

- **Principio de legalidad**

  El que determina que toda actuación de las Administraciones Publicas este autorizada, en forma previa, por Ley y hasta los límites que esta indica.

- **Principio de tutela**

  Conjunto de atribuciones otorgadas por el ordenamiento jurídico a la Administración Publica sobre las Administraciones descentralizadas a

estas adscritas o que de ellas dependen, para velar por la legalidad y oportunidad de sus actos.

- **Responsabilidad administrativa**

  Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos que, en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente o negligente. La calificación de gestión deficiente o negligente se adopta teniendo en cuenta lo siguiente:

  a. Que no se hayan logrado resultados razonables en términos de eficiencia, eficacia o economía teniendo en cuenta los planes y programas aprobados y su vinculación con las políticas del sector a que pertenecen.

  b. Que no realicen una gestión transparente y no hayan vigilado que los sistemas operativos, administrativos y de control estén funcionando adecuadamente.

  c. Que no respeten la independencia de la auditoria interna.

  d. Que no agoten las acciones posibles para preservar los bienes y recursos de la entidad a que pertenecen.

  Asimismo incurren en esta responsabilidad los que han contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas de la entidad a que pertenecen.

- **Proceso de amparo**

  Es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger todos los derechos constitucionales de la persona - con excepción de los que protegen el Habeas Corpus, la Acción de Habeas Data y la Acción de Cumplimiento - ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular (el amparo protege derechos como, por ejemplo, el derecho de asociación, a la libertad de contratación, el derecho al debido proceso). Lo puede presentar el mismo afectado o cualquier otra persona en su nombre. Si el Juez comprueba, efectivamente,

violaciones a derechos, ordena que los actos violatorios se suspendan inmediatamente.

- **Período de prueba**

  De acuerdo a lo estipulado en el artículo 34° del Reglamento, la estabilidad laboral se adquiere al partir del nombramiento, por lo que no existe periodo de prueba.

- **Ascenso**

  El ascenso del servidor público se produce mediante promoción al nivel inmediato superior de su respectivo grupo ocupacional, previo concurso de méritos.

- **Contratación de personal para funciones de carácter temporal**

  Según lo dispuesto por el artículo 38° del Reglamento, las entidades de la Administración Pública, solo podrán contratar personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental, para el desempeño de las siguientes tareas específicas:

  a) Trabajos para obra o actividad determinada,
  b) Labores en proyectos de inversión y proyectos especiales, cualquier sea su duración,
  c) Labores de reemplazo de personal permanente impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada.

  Asimismo se establece que esta forma de contratación no requiere necesariamente de concurso y la relación contractual concluye al término del mismo. Se deja claramente establecido que los servicios prestados en estas condiciones no generan derecho de ninguna clase, para efectos de la Carrera Administrativa.

- **Funcionarios Públicos**

  Es toda autoridad estatal que ejerce labores político – administrativas de elevada jerarquía en determinada entidad gubernamental; o bien representa a un sector de la población civil, dirigiendo acciones de

desarrollo socio – económico a través de organismos públicos que se encuentran bajo su competencia.

- **Empleados de confianza**

  La Ley Marco precisa que el que desempeña cargo de confianza, técnico o político, distinto al de funcionario público, se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. "En el caso de los funcionarios públicos y los empleados de confianza, la Ley se aplicará cuando corresponda y según la naturaleza de sus labores".

- **Clasificación de servidores públicos**

  Los servidores públicos se clasifican en:

  Directivos Superiores o servidores que desarrollan funciones administrativas relacionadas a la dirección de un Órgano, Programa o Proyecto, atendiendo la supervisión de empleados y elaboración de normas internas para una actuación administrativa. A este grupo ocupacional se accede por concurso de méritos y aptitudes, pudiendo postular los servidores ejecutivos y especialistas.

  Servidores Ejecutivos, son quienes desarrollan funciones administrativas, ostentando mando o autoridad delegada; facultades resolutivas, dación de fe pública, asesoría jurídica, supervisión técnica, fiscalización y auditoría interna.

  Servidores Especialistas, son aquellas personas dedicadas a efectivizar la ejecución de los servicios públicos; no ejercen función administrativa por su carácter eminentemente técnico.

  Servidores Auxiliares, son quienes desarrollan labores de apoyo y/o complementación a los dependientes especializados o ayudan a la realización de las tareas mediante determinadas técnicas.

CAPÍTULO III
MARCO METODOLOGICO

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Por la función principal a cumplir en el desarrollo de la investigación será de carácter descriptivo porque tiene como fin realizar un análisis del estado actual del fenómeno investigado, determinando sus características y propiedades tendientes al análisis del mismo y a la inicativa de creación de normas especiales o modificaciones de las ya existentes; y explicativo, orientado a descubrir los mecanismos de funcionamiento del fenómeno hacia su aplicabilidad práctica.

Tipo Aplicativo.- Nuestra investigación se centrará en analizarla problemática sobre las consecuencias de la contratación bajo la modalidad de servicios no personales en la administración pública. Siendo asi, el campo de investigación de la estará limitado al ámbito pragmático. Además, porque se realiza con el propósito de adjuntar soluciones, sugerencias, no siendo investigación pura, sino que la investigación termina como un aporte al derecho, en busca de una mejor aplicación por los operadores jurídicos del hecho investigado.

Métodos de Investigación

En la presente investigación se aplicaron los siguientes métodos:

Inductivo-Deductivo.- Se acopiará información de acuerdo a las variables materia de indagación, los mismos que serán relacionados a partir de conceptos o enunciados y confrontados con la realidad para obtener conclusiones válidas.

Analítico-Sintético.- Se buscará estudiar la realidad abstracta y concreta sobre las variables involucradas en la presente investigación, desagregando sus elementos unos de otros para luego componerlo obteniendo una visión global del problema.

Método Abstracto-Concreto.- Partiendo del análisis de los hechos, se extraerán las características esenciales y más generales a efectos de sintetizarlo posteriormente en un todo concreto.

Método Histórico-Lógico.- Se estudiará con rigurosidad y detalle los antecedentes, causas y condiciones históricas en que surgen y se desarrollan los objetos de estudio, a efectos de convertirlos y ordenarlos bajo criterios lógicos.

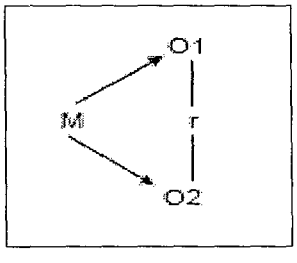
Método Comparativo.- En virtud de éste método se ha identificado legislación de otros países, a fin de determinar semejanzas y diferencias.

Método Dogmático.- Se analizó doctrinaria y jurisprudencialmente el tema, descomponiendo sus elementos y reconstruyendo en forma coherente hacía el fenómeno indagatorio.

Método Funcional.- Este método reposa en el análisis del hecho en sí, de tal manera que auxiliándonos del método inductivo analizaremos las funciones de las normas legales, doctrina y jurisprudencia en el ámbito de la realidad jurisdiccional.

3.2. Diseño y esquema de la investigación

Considerando la naturaleza del fenómeno jurídico materia de estudio nuestro diseño es del tipo No Experimental de diseño relacional como se muestra a continuación:



Dónde:

M : Muestra

01: Observación de la variable Autoevaluación

R : Relación entre las variables.

02: Observación de la variable aprendizaje organizacional.

3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.3.1. POBLACIÓN:

La población estuvo constituida por:

- 200 abogados de la Provincia de Coronel Portillo
- 300 expedientes de los juzgados civiles de la Provincia de Coronel Portillo.

3.3.2. MUESTRA:

La muestra estuvo conformada por:

- 100 abogados de la Provincia de Coronel Portillo
- 30 expedientes de los juzgados civiles de la Provincia de Coronel Portillo entre los años 2008 al 2010.
- La muestra se seleccionó probabilísticamente, a través del muestreo aleatorio simple (50%)

3.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DATOS:

3.4.1. Técnicas

Se aplicaron las siguientes:

- Análisis documentario.
- Encuesta.

3.4.2. Instrumentos de recolección de datos

Se aplicaron rigurosamente los siguientes instrumentos:

- Hoja de cotejo.
- El Cuestionario
- Ficha de registro virtual o digital
- Fórmulas estadísticas

3.5. Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos

Técnicas estadísticas de análisis y procesamiento de datos:

- Las medidas de tendencia central, de dispersión y forma.
- La medidas de relación y correlación.

- Software MS- Excel 2013 y el SPSS V.19 para el procesamiento de datos.
- Se seleccionaron las variables de acuerdo a la formulación del problema y a la hipótesis planteada, donde las mismas se explicarán en un capítulo aparte, detallándose los resultados de la investigación.

Utilización de Procesador Sistematizado.

La información clasificada y almacenada en la Matriz de Datos, se ha trasladado a un procesador de sistema computarizado que nos permitirá realizar las técnicas estadísticas apropiadas, teniendo en cuenta el diseño formulado para la contrastación de la hipótesis. En nuestro caso se trabajará en el programa Microsoft Word y Excel XP.

3.6. Análisis e Interpretación de Datos:

Una vez recolectados los datos, se creó una base de datos en el programa estadístico SPSS versión 19.

Los datos fueron analizados en base a la estadística descriptiva e inferencial de acuerdo al nivel de medición de las variables. En un primer momento se realizó el análisis univariante, luego bivariante para establecer la relación entre las mismas. El análisis de datos fue complementado con el análisis cualitativo, en base a los antecedentes, marco teórico y experiencia.

- **Análisis descriptivo.**

  Los datos fueron procesados a partir de la codificación de acuerdo a las variables planteadas. Luego se pasó a su representación en tablas numéricas y porcentuales.

  En cuanto al análisis descriptivo de las variables se tuvo en cuenta las medidas de posición y de dispersión y sobre todo el método porcentual. Dentro de las medidas de posición se utilizará el porcentaje, la media, la moda y la mediana. En las medidas de dispersión se utilizará la desviación típica y los cuartiles.

- **Análisis inferencial.**

  En cuanto al análisis inferencial, se utilizó la Prueba de CHI CUADRADA, una prueba estadística No Paramétrica, la cual se basa en una distribución no normal de las variables de las muestras en estudio, con el objetivo de observar la relación entre las variables en estudio. Para la significancia estadística se tendrá en cuenta una $P <$ de 0.05.

CAPÍTULO IV
RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Los resultados de la presente investigación, se encuentran plasmados en tablas y gráficos estadísticos, producto de la aplicación de los instrumentos de recolección de datos.

La encuesta se realizó con la participación de los abogados de la Provincia de Coronel Portillo, quienes mostraron su predisposición para contestar las preguntas del instrumento en mención. También se aplicó una ficha de cotejo a los señores secretarios de los juzgados civiles con la finalidad de obtener información acerca de los contratos por servicios no personales en la administración pública y sus implicancias jurídicas 2008-2010.

A continuación presentamos las tablas y gráficos estadísticos, con su respetivo análisis e interpretación.

TABLA N° 01

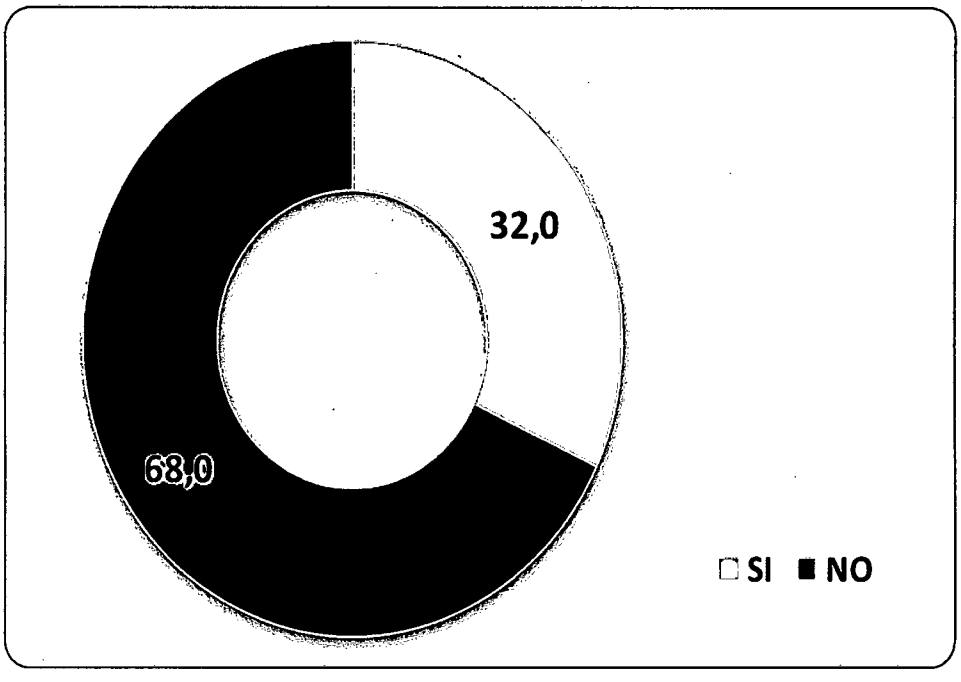
Relación de los contratos por servicios no personales con el marco constitucional-periodo 2008-2010

¿La relación delos contratos por servicios no personales son compatibles con el marco constitucional?	Frecuencia	%
SI	32	32,0
NO	68	68,0
Total	100	100,0

Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas

GRÁFICO N°01

Relación de los contratos por servicios no personales con el marco constitucional-periodo 2008-2010



Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas.

Interpretación:

En la tabla N°01 se observa que del total de encuestados el 68,0% manifiestan que los contratos por servicios no personales no son compatibles con el marco constitucional en el periodo 2008-2010, mientras que el 32,0% aseguran que si son compatibles con el marco constitucional.

TABLA N°02

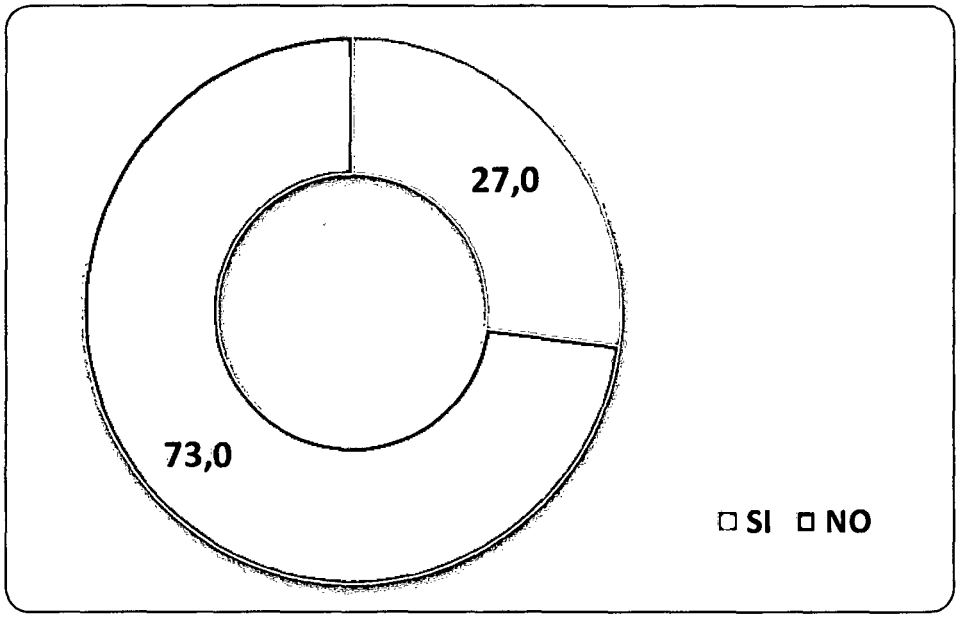
Los contratos por servicios no personales relacionados con el reconocimiento los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política periodo 2008-2010

¿Los contratos por servicios no personales reconocen los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política?	Frecuencia	%
SI	27	27,0
NO	73	73,0
Total	**100**	**100,0**

Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas.

GRÁFICO N° 02

Los contratos por servicios no personales relacionados con el reconocimiento los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política periodo 2008-2010



Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas.

Interpretación:

En la tabla N° 02 se observa que del total de encuestados 73,0 % señalan que los Contratos por Servicios no Personales en la administración pública reconocen los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política, mientras que el 27,0% indican que los SNP reconocen los derechos fundamentales .

TABLA N° 03

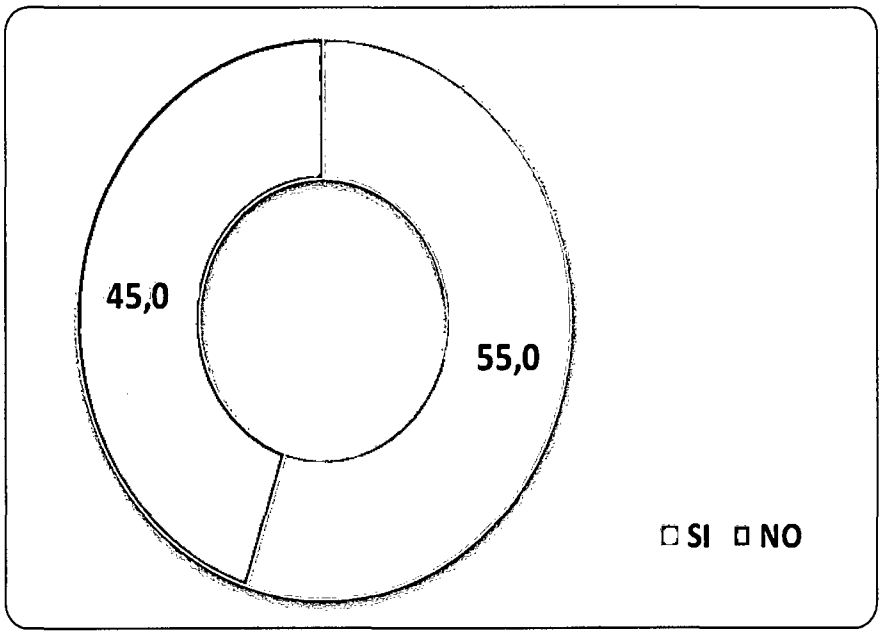
Los contratos por servicios no personales relacionados con la dotación de una normatividad apropiada a las formas contractuales periodo 2008-2010.

Existe dotación de una normativa apropiada a las formas contractuales	Frecuencia	%
SI	55	55,0
NO	45	45,0
Total	**100**	**100,0**

Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas

GRÁFICO N° 03

Los contratos por servicios no personales relacionados con la dotación de una normatividad apropiada a las formas contractuales periodo 2008-2010



Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas

Interpretación:

En la tabla N° 03 se observa la relación entre la variable servicios no personales con las implicancias jurídicas de la existencia de una normativa apropiada que englobe a las formas contractuales existentes y carentes de regulación, observamos que el 55,0% expresan que si existe, frente a un 45,0% que indican que no. Esto es debido a que se considera que el denominado contrato por servicios no personales es un contrato atípico, que carece de regulación jurídica.

TABLA N° 04

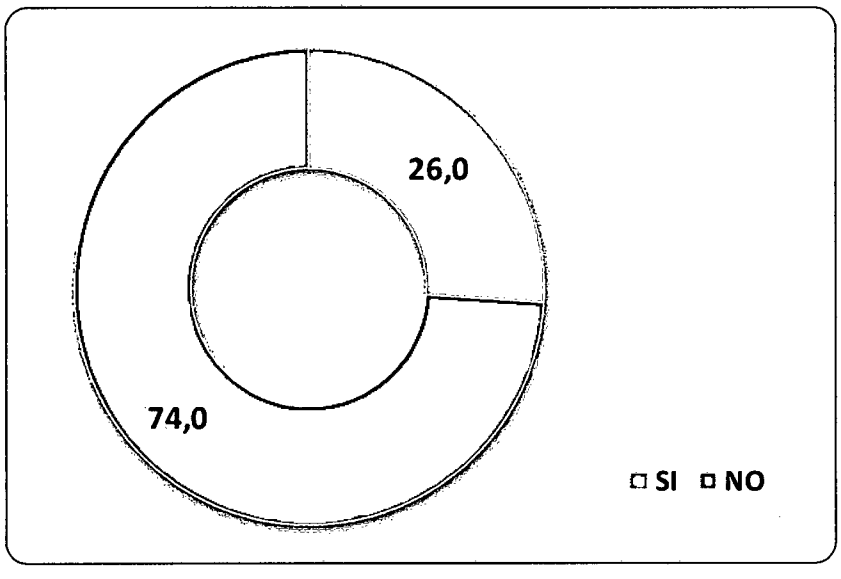
Los contratos por servicios no personales relacionados con el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por la administración pública, periodo 2008-2010

¿Los contratos por servicios aseguran el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por la Administración Pública?	Frecuencia	%
SI	26	26,0
NO	74	74,0
Total	**100**	**100,0**

Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas

GRÁFICO N° 04

Los contratos por servicios no personales relacionados con el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por la administración pública, periodo 2008-2010



Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas.

Interpretación:

Los resultados obtenidos en la Tabla N° 04 el 74,0% declara que en los contratos por servicios no personales no se da cumplimiento a las políticas públicas trazadas por la Administración Pública, mientras que el 26,0% da una respuesta positiva del

Este resultado demuestra que las políticas públicas no se cumplen por la existencia de trabajadores contratados bajo esta modalidad, que generan sobredimensionamiento del aparato estatal.

TABLA N°05

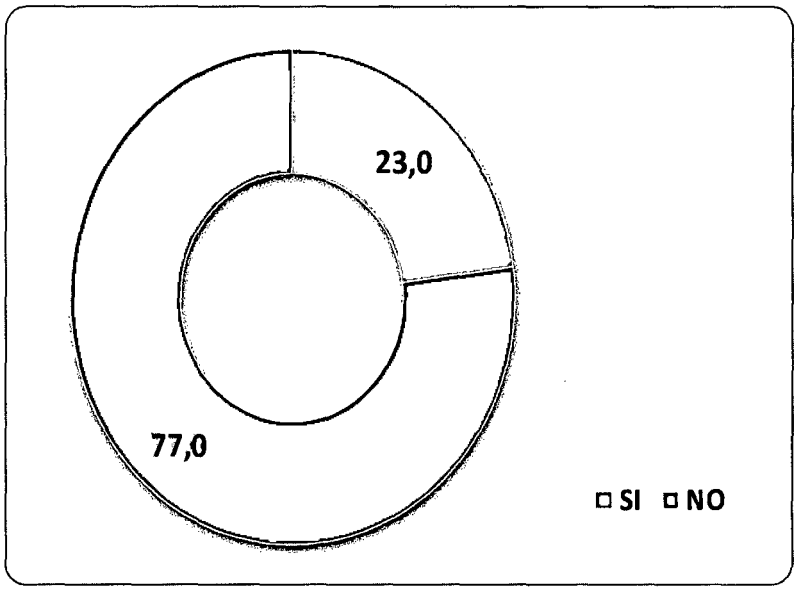
Relación de la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales con el test de proporcionalidad e igualdad Periodo 2008-2010

¿Se ha evaluado la constitucionalidad bajo el test de proporcionalidad e igualdad?	Frecuencia	%
SI	23	23,0
NO	77	77,0
Total	**100**	**100,0**

Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas.

GRÁFICO N°05

Relación de la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales con el test de proporcionalidad e igualdad Periodo 2008-2010



Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas

Interpretación:

En la tabla N° 05 se observa que el 77,0% de encuestados asegura que no se ha evaluado la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales bajo el test de proporcionalidad e igualdad, sin embargo el 23,0% dan una respuesta positiva relacionado al tema.

De ahí que se considera que este tipo de contratación no ha sido evaluado bajo el test de proporcionalidad e igualdad, siendo en consecuencia considerado como un contrato atípico que además vulnera los derechos fundamentales.

TABLA N° 06

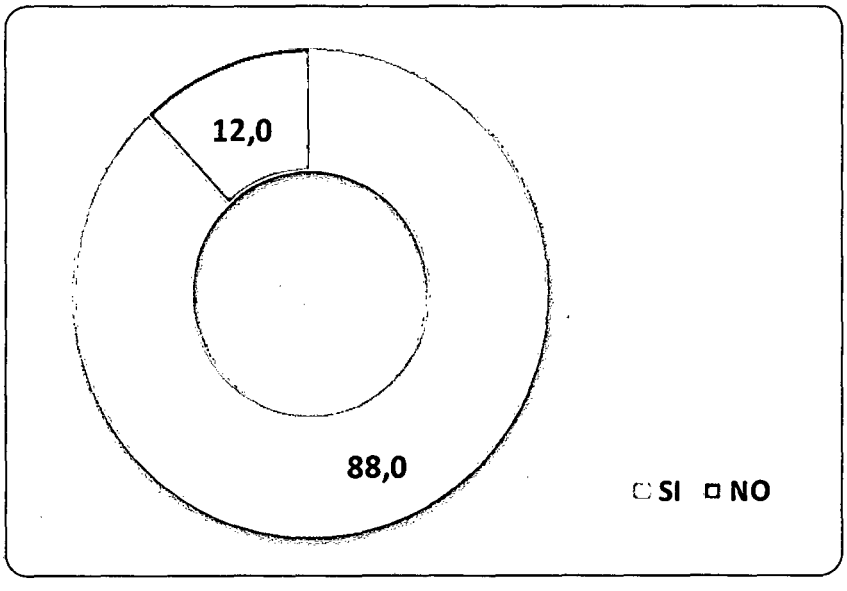
Los contratos por servicios no personales relacionados con la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, periodo 2008-2010

Los contratos por servicios no personales permiten la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo	Frecuencia	%
SI	88	88,0
NO	12	12,0
Total	**100**	**100,0**

Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas

GRÁFICO N° 06

Los contratos por servicios no personales relacionados con la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, periodo 2008-2010



Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas

Interpretación:

En la tabla N° 06 se observa que el 88,0% opina que los contratos por servicios no personales permite el ingreso de la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, y el 12,0%

TABLA 07

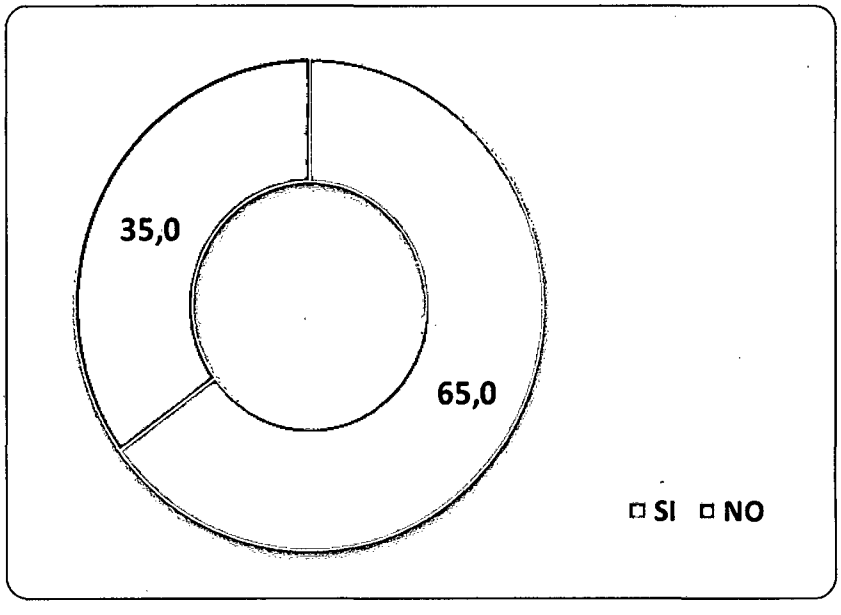
Los contratos por servicios no personales relacionados con la vulneración del principio-derecho de igualdad ante la ley, periodo 2008-2010

¿Los contratos por servicios no personales vulneran el principio-derecho de Igualdad ante la Ley?	Frecuencia	%
SI	65	65,0
NO	35	35,0
Total	**100**	**100,0**

Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas.

GRÁFICO N° 07

Los contratos por servicios no personales relacionados con la vulneración del principio-derecho de igualdad ante la ley, periodo 2008-2010



Fuente: Base de datos del instrumento de servicios no personales y sus implicancias jurídicas

Interpretación:

En la tabla N° 07 se observa que el 65,0% de la población encuestada opina que los contratos por servicios no personales vulneran el principio-derecho de Igualdad ante la Ley, en cambio el 35,0% opina lo contrario.

4.1.1. Aspectos sobre las implicancias de los contratos por servicios no personales en relación a la jurisprudencia analizada.

TABLA N° 08

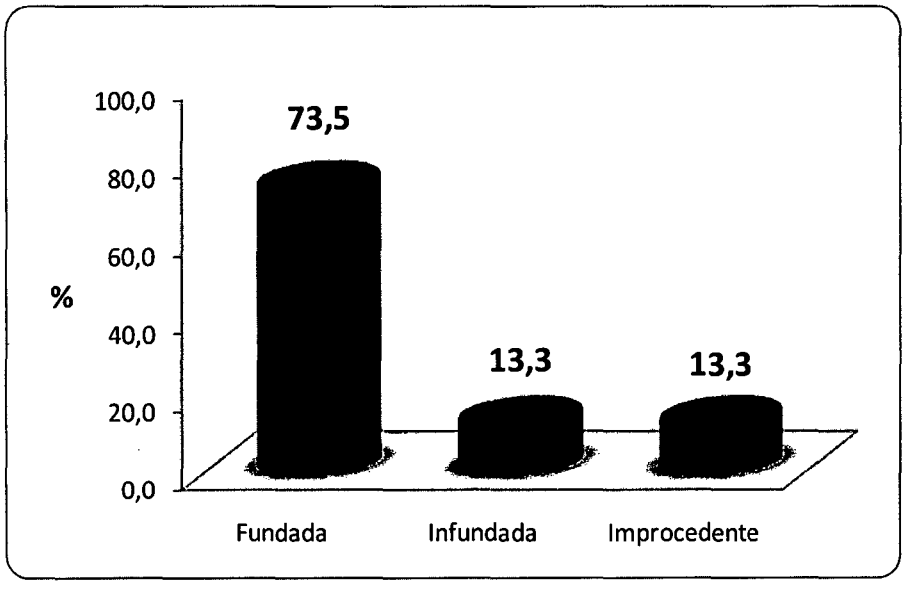
Sentencias del tribunal constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública periodo 2008-2010

Sentencias	Frecuencia	%
Fundada	61	73,5
Infundada	11	13,3
Improcedente	11	13,3
Total	**83**	**100,0**

Fuente: Ficha de análisis documental

GRÁFICO N° 08

Sentencias del tribunal constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública periodo 2008-2010



Fuente: Ficha de análisis documental

Interpretación:

Los resultados de la tabla N° 08 en cuanto a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en las cuales se discutían temas sobre los contratos por servicios no personales en la Administracion Pública, encontramos que un 73,5% fueron declaradas fundadas; el 13,3% fueron establecidos como infundadas y el 13,3% improcedentes. Esto demuestra que el Tribunal Constitucional durante el periodo que duró la investigación, ha establecido que los contratos por servicios no personales en la administración pública han sido dejados de lado para cambiarlos por la estabilidad laboral.

ANALISIS INFERENCIAL DE LOS RESULTADOS:

TABLA N° 09

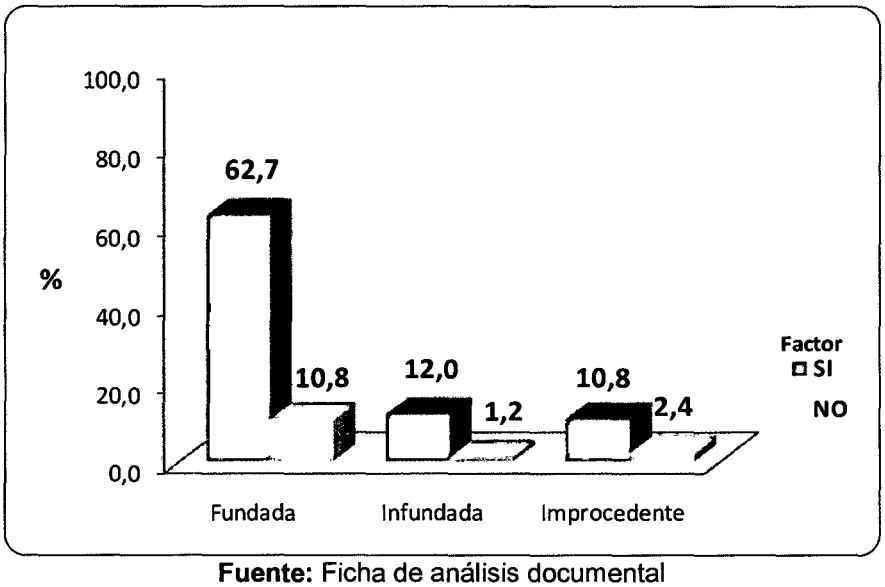
Relación entre el factor de carácter jurídico y las sentencias del tribunal constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración publica, periodo 2008-2010

Factor de carácter jurídico	Sentencias						Total		Prueba de Chi Cuadrada (valor)	Significancia
	Fundada		Infundada		Improcedente					
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%		
SI	52	62,7	10	12,0	9	10,8	71	85,5		
NO	9	10,8	1	1,2	2	2,4	12	14,5	6,09	0,002
Total	**61**	**73,5**	**11**	**13,3**	**11**	**13,3**	**83**	**100,0**		

Fuente: Ficha de análisis documental

GRÁFICO N° 09

Relación entre el factor de carácter jurídico y las sentencias del tribunal constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública, periodo 2008-2010



Fuente: Ficha de análisis documental

Interpretación:

En la tabla N° 09 se observa respecto a la relación entre el factor de carácter jurídico y las sentencias del Tribunal Constitucional de los contratos por servicios no personales en la Administración Publica, el 62,7% de los entrevistados declara fundada las sentencias del Tribunal Constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública, en el período 2008-2010. Mientras que el 13,3 % lo declara infundada y el 13,3% improcedente.

TABLA N° 10

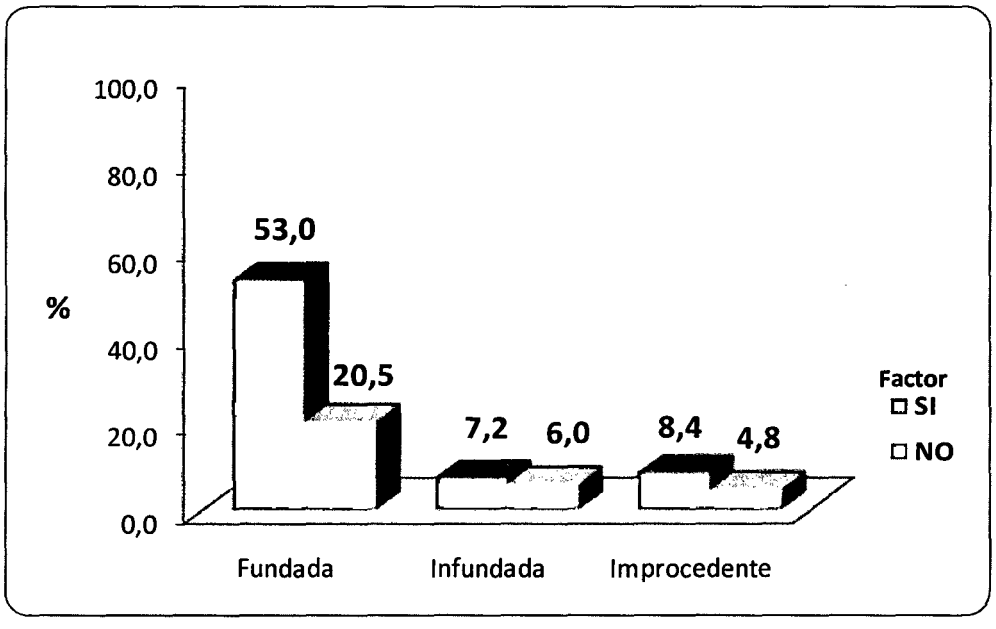
RELACIÓN ENTRE EL FACTOR DE CARÁCTER ECONÓMICO Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS CONTRATOS POR SERVICIOS NO PERSONALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, PERIODO 2008-2010

Factor de carácter económico	Sentencias						Total		Prueba de Chi Cuadrada (valor)	Significancia
	Fundada		Infundada		Improcedente					
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%		
SI	44	53,0	6	7,2	7	8,4	57	68,7		
NO	17	20,5	5	6,0	4	4,8	26	31,3	4,75	0,015
Total	**61**	**73,5**	**11**	**13,3**	**11**	**13,3**	**83**	**100,0**		

Fuente: Ficha de análisis documental

GRÁFICO N° 10

PORCENTAJE DE LA RELACIÓN ENTRE EL FACTOR DE CARÁCTER ECONÓMICO Y LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LOS CONTRATOS POR SERVICIOS NO PERSONALES EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA, PERIODO 2008-2010



Fuente: Ficha de análisis documental

Interpretación:

Y, en cuanto a la relación entre el factor de carácter económico y las sentencias del Tribunal Constitucional referidas a los contratos por servicios no personales en la Administración Publica, también notamos que existió una relación significativa

estadísticamente de P≤0,015; es decir, que las mismas sentencias refieren la incidencia del factor de carácter económico sobre todo por cuestiones de orden presupuestal y de sobredimensionamiento del aparato estatal.

De los informes elaborados por el Banco Interamericano de Desarrollo, al estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central, se estima que el empleo público equivale casi al 40% de los gastos del gobierno y los trabajadores contratados por Servicios no Personales ocupaban un 80% de estos gastos. Se debe de tener en cuenta que en el año 2008, los servicios no personales representaban el 9.7% de servidores públicos, ascendiendo sus honorarios al 11.5% mensual de la planilla del Estado.

Sin embargo, dicho gasto no es el único que efectúan las entidades públicas a fin de lograr resultados de la labor de los Servicios No Personales. En efecto, la Administración Pública proporciona a sus trabajadores, al margen de la relación, los implementos, útiles, mobiliario y equipos que necesitan para trabajar.

Cuando se trata de labores de oficina, lo común es que se tenga que disponer de recursos para la adquisición de, por lo menos, una computadora, módulo de computadora, escritorio y silla. No se conoce el número de servicios no personales que laboran en oficina, pero sea cual fuere su número, han significado un importante gasto en ese rubro.

Ademas, muchas entidades públicas no hacen distinción entre trabajadores permanentes y contratados para la provisión de adicionales como uniformes, canastas de víveres, cursos de capacitación, etc.

Todo ello, crea gastos cuya estimación en monto de dinero no ha sido considerada aún, pero que innegablemente tienen un fuerte impacto presupuestal, porque inciden negativamente en el presupuesto nacional.

CAPÍTULO V
DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. CONTRASTACIÓN DE LOS RESULTADOS

De la Tabla N° 01 y Gráfico N°01 Relación de los contratos por servicios no personales con el marco constitucional - periodo 2008-2010

Se observa y se concluye que para para el 68,0% los contratos por servicios no personales no son compatibles con el marco constitucional en el periodo 2008-2010.

Así encontramos coincidencia con los hallazgos de Beltrán,L. (2013) en su investigación sobre Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el estado señala "...que se debe tener en cuenta que la gran mayoría de los contratos de Servicios No Personales fueron desnaturalizados, pues se puso en evidencia a través de distintas sentencias emitidas por los organismos jurisdiccionales, que reconocían que la labor que desempeñaban era de naturaleza permanente y estaban sujetos a subordinación, a pesar de ser esta subordinación una de las características principales que identifica a una relación como laboral y no civil.

El 04 de julio de 2013 se publicó la Ley del Servicio Civil. Quizás esta norma sea la primera muestra palpable del reto que ha asumido el Estado de basar las contrataciones de personal en el Sector Público en criterios de mérito, transparencia y capacitación. De hecho, ese es uno de los aspectos más valiosos de dicha ley, y por ello, incuestionable y más bien elogiable. No obstante, ¿qué tanto ello puede entrar en colisión con el deber de protección que tiene el Estado de los derechos fundamentales laborales?, y ¿qué tanto ello puede significar el sacrificio o menoscabo de la promoción y tutela de tales derechos?

La reforma en el régimen de contratación de personas por el Estado -por más novedosa y bienintencionada que sea- no puede darse a espaldas de nuestro marco constitucional de respeto de los derechos fundamentales, de los Convenios Internacionales en materia de derechos laborales, y de la realidad de los trabajadores públicos en nuestro país. Es

por ello que los principales cuestionamientos van dirigidos contra sus disposiciones en materia laboral, los cuales han sido planteados en diversos tonos por las organizaciones sindicales más representativas de nuestra sociedad.

En una democracia constitucional el Estado no debería escandalizarse frente a un posible ejercicio ciudadano de las garantías procesales que prevé la Constitución para el control constitucional de las normas y la tutela de los derechos fundamentales, ello más bien debe ser motivo de mayor diligencia en la formación de las leyes y una oportunidad democrática de corrección, y eso esperamos suceda ante un posible control constitucional de la ley en cuestión por parte del Estado.

Mientras que el 32,0% aseguran que los contratos por servicios no personales si son compatibles con el marco constitucional

Tabla N° 02 y Gráfico N°02 Los contratos por servicios no personales relacionados con el reconocimiento los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política periodo 2008-2010

Del total de encuestados 73,0 % señalan que los Contratos por Servicios no Personales en la administración pública no reconocen los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política.

El Principio – Derecho dignidad humana destaca la importancia de este principio que como crisol proyecta su luz sobre los derechos fundamentales de toda persona humana que también se debe respetar.

En nuestro país en la década del ´90, no sólo afectaron a los trabajadores del Sector Privado, a través de la introducción de diversas modalidades de contratación temporal que precarizaron las relaciones de trabajo al amparo del Decreto Legislativo N° 728; sino también, las relaciones de trabajo -existentes y por darse- entre el Estado y las personas.

Este contexto de reformas y de flexibilización no sólo facilitó el ingreso de personal poco o nada preparado en el desempeño de cargos

públicos, copando políticamente diversas instituciones cuyos líderes estaban llamados a responder así a sus principios partidarios; también permitió que -como efecto antinatural- desde el Estado se privilegie la contratación de personal bajo figuras legales que desconocían totalmente los derechos más elementales en materia de trabajo, a pesar que en la práctica estos trabajadores podían desempeñarse con la mayor responsabilidad, eficiencia y lealtad a los objetivos de la institución.

Mientras que el 27,0% indican que los SNP reconocen los derechos fundamentales.

Tabla N° 03 y Gráfico N° 03: Los contratos por servicios no personales relacionados con la dotación de una normatividad apropiada a las formas contractuales periodo 2008-2010

Se encuentra la relación entre la variable servicios no personales con las implicancias jurídicas de la existencia de una normativa apropiada que englobe a las formas contractuales existentes y carentes de regulación, observamos que el 55,0% expresan que si existe, Esto es debido a que se considera que el denominado contrato por servicios no personales es un contrato atípico, que carece de regulación jurídica.

En coincidencia con Caamaño (1999) que considera una relación laboral atípica aquella que no se inserta dentro del modelo de la relación laboral subordinado y regulado por el ordenamiento jurídico laboral, en cuanto a su duración, continuidad y jornada laboral.

El empleo en nuestro país no solo es escaso, sino también precario, muchos de los que han logrado un puesto laboral dependiente están sometidos a una situación de desventaja en cuanto a estabilidad y beneficios sociales con respecto a los trabajadores permanentes. Esta situación se da tanto en el ámbito privado como en el público

A nuestro entender, por lo menos con respecto al Estado, estos contratos se inscriben dentro de los llamados contratos atípicos, porque, tal como lo ha reconocido el propio Ministerio de Economía y Finanzas, no están regulados por ninguna norma específica.

Los contratos por Servicios No Personales reúnen características de dicha relación, porque se encuentran al margen de la plenitud de la protección del derecho del trabajo, al no ofrecer cobertura frente a riesgos sociales.

Vemos pues que los contratos por Servicios No Personales, carecen de una regulación normativa, rigiéndose por tanto, solo por lo establecido en el Código Civil y, en cuanto a la autorización o limitación de incorporación y a los responsables de dicha acción, la Ley de Presupuesto de cada año Fiscal.

En nuestro país, como producto de la crisis económica, se contrajo la demanda en el mercado laboral, incrementándose en cambio, en forma desmesurada la oferta. Esta oferta no está compuesta solo de jóvenes de terminan los estudios de Secundaria, sino también por muchos profesionales que no encuentran cabida en la Población Económicamente Activa.

Mientras que un 45,0% de los encuestados indican que en los contratos por servicios no personales tienen implicancias jurídicas porque no existe una normativa apropiada que englobe a las formas contractuales existentes que son carentes de regulación.

Tabla N° 04 y Gráfico N°04: Los contratos por servicios no personales relacionados con el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por la administración pública, periodo 2008-2010

Encontramos que el 74,0% declara que en los contratos por servicios no personales no se da cumplimiento a las políticas públicas trazadas por la Administración Pública, mientras que el 26,0% da una respuesta positiva . Este resultado demuestra que las políticas públicas no se cumplen por la existencia de trabajadores contratados bajo esta modalidad, que generan sobredimensionamiento del aparato estatal.

Hubieron dos principales intentos que han buscado reformar y reordenar la Administración Pública, el Decreto Ley N°11377 Estatuto y Escalafón de Servicio Civil y el Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, sin

embargo estos no fueron suficientemente eficaces, teniendo como principales razones haber contemplado excepciones que han sido una puerta para desvirtuar los principios que la norma perseguía y haber carecido además de estímulos al rendimiento, el mérito y la capacidad, poniendo más bien énfasis en las formas y los derechos, lo cual sabemos no ha promovido el orden y la racionalidad en la organización del aparato estatal.

Consideramos que el mayor problema que ha existido en estas leyes ha sido la rigidez de las mismas, ya que ha repercutido negativamente en la Administración Pública, diluyéndose el objetivo central de la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos, pues esta rigidez ha sido la que habría propiciado el burocratismo, la pérdida de compromiso y vocación de servicio y la que habría convertido la Carrera Pública en un sistema estático, en el cual los trabajadores no tienen posibilidades de ascender y en donde el ascenso o el retiro no están vinculados con el desempeño y la función que se ejecuta, motivo por el cual analizaremos, en el presente estudio, el o los motivos que llevaron a la Administración Pública a tener diversos regímenes de contratación de personal, creando con ello una problemática en el sistema

Por lo que podemos afirmar que los contratos por servicios no personales no se relacionan con el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por las Administración Pública, 2008-2010

Tabla N° 05 y Gráfico N°05: Relación de la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales con el test de proporcionalidad e igualdad Periodo 2008-2010.

El 77,0% de encuestados asegura que no se ha evaluado la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales bajo el test de proporcionalidad e igualdad. De ahí que se considera que este tipo de contratación no ha sido evaluado bajo el test de proporcionalidad e igualdad, siendo en consecuencia considerado como un contrato atípico que además vulnera los derechos fundamentales.

Santos Azuela (1999): señala que las considerados también como fuente del derecho del trabajo, los principios generales del derecho son "pautas fundamentales en valores esenciales, generalmente consagradas a través de la ley, que tienen por objeto orientar, integrar y unificar la interpretación del sistema jurídico y de la normativa en particular, dentro de un marco coherente y contractual ,así mismo llama a la reflexión sobre el Derecho del Trabajo, y exige que no se desprenda de su función tutelar y humanitaria para la gente que trabaja, la que no debe ser abandonada en la vorágine de la oferta y la demanda; a lo que se puede agregar, que en esa vorágine el Estado no puede olvidar sus funciones y responsabilidades en proyección a la protección de la clase trabajadora.

Por lo que el principio de proporcionalidad debe ser utilizado no como respuesta a una situación de conflicto de derechos fundamentales, sino como una garantía de racionalidad para determinar su contenido vinculante para el legislador y, en consecuencia, para fundamentar las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que los afectan.

Sin embargo el 23,0% asegura que se ha evaluado la constitucionalidad de los contratos por servicios no personales bajo el test de proporcionalidad e igualdad.

De ahí consideramos que este tipo de contratación no ha sido evaluado bajo el test de proporcionalidad e igualdad, siendo en consecuencia considerado como un contrato atípico, que además vulnera los derechos fundamentales.

Tabla N° 06 y Gráfico N°06: Los contratos por servicios no personales relacionados con la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, periodo 2008-2010.

El 88,0% opina que los contratos por servicios no personales permite el ingreso de la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, en coincidencia con lo afirmado por Beltrán ,L (2013) en su investigación sobre la problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el estado señala "...que se debe tener en cuenta que la gran mayoría de los contratos de Servicios

No Personales fueron desnaturalizados, pues se puso en evidencia a través de distintas sentencias emitidas por los organismos jurisdiccionales, que reconocían que la labor que desempeñaban era de naturaleza permanente y estaban sujetos a subordinación, a pesar de ser esta subordinación una de las características principales que identifica a una relación como laboral y no civil; es decir que la labor que desempeñaban estos servidores era igual a la labor que desempeñaban los trabajadores que ingresaron a trabajar para el Estado vía concurso público, de acuerdo a lo establecido por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa – Decreto Legislativo No. 276 , a quienes si se les reconocían sus derechos, estaban registrados en planillas, percibían el pago correspondiente por sus beneficios sociales, bonificaciones y tenían la posibilidad de ascender a mejores puestos de trabajo. Habiéndose generado con esta desnaturalización una suerte de desigualdad para el personal contratado bajo esta modalidad.

Lo que no parece correcto es que, en el Decreto Legislativo N° 276 si se genere una exclusión respecto a lo establecido por el Tribunal Constitucional, en el sentido que la entidad demandada debe asumir los aportes necesarios para que los servidores que se acogen a dicho régimen puedan obtener una pensión de jubilación.

El principio de no discriminación o igualdad es una de las piezas esenciales de toda sociedad. En virtud de este principio, las personas tienen derecho a no sufrir un trato arbitrario por razones ideológicas, políticas, raciales, religiosas, sexuales, etc.

La casuística judicial nos da una muestra clara que el Estado se ha venido generando para sí mismo, enormes contingencias económicas producto de la desnaturalización de contratos temporales, tanto en el Decreto Legislativo 276 y el Decreto Legislativo 728; en el primer caso, al amparo de la Ley 24041 una ingente cantidad de contratados obtuvieron sentencias favorables en cuanto a la reposición en el empleo, asimismo, en el caso del régimen de la actividad privada, por la configuración de causales de desnaturalización de contratación modal previstas en el artículo 74° del Decreto Supremo 003-97-TR, trabajadores contratados

temporalmente, han obtenido su reposición y plenamente habilitados a peticionar vía otra acción judicial, el pago de remuneraciones devengadas o peticionadas a titulo indemnizatorio en otros casos. En tal sentido, consideramos errado que se siga otorgando esta posibilidad de contratación de personal en supuestos casos de "incremento extraordinario", debiendo limitarse a los supuestos de suspensión imperfecta y suplencia.

Sin embargo nos preocupa que un 12,0% de los encuestados manifiesten que los contratos por servicios no personales no permiten el ingreso de la arbitrariedad y clientelismo.

Tabla N° 07 y Gráfico N° 07: Los contratos por servicios no personales relacionados con la vulneración del principio-derecho de igualdad ante la ley, periodo 2008-2010.

Observamos que el 65,0% de la población encuestada opina que los contratos por servicios no personales vulneran el principio-derecho de Igualdad ante la Ley, en cambio el 35,0% opina lo contrario.

Tanto el objeto como la finalidad deben estar orientados en primer término al desarrollo profesional de los trabajadores que lo integran antes que al establecimiento de "reglas necesarias"; consideramos que solo garantizando una línea de carrera fundada en la meritocracia y con el pleno respeto y garantía de los derechos laborales de los servidores estatales, podremos obtener un Estado eficaz y eficiente, no viceversa. Pareciese que se estuviera manteniendo la estructura estatutaria rígida (supeditada al Derecho Administrativo) del Decreto Legislativo 276, no teniendo en cuenta que el Estado como empleador debe evolucionar y con él, las normas y sistemas que rigen las relaciones con sus empleados. Si se quiere cambiar radicalmente la calidad de la gestión, la reforma del empleo público debe realizarse pensando en transformar a los trabajadores en servidores públicos orgullosos, satisfechos y contentos. Entonces si partimos por establecer que el objeto y la finalidad de esta reforma no lo son en primera mano los servidores estatales, sino por el contrario, el servicio estatal, entonces estamos repitiendo más de lo

mismo y a costa de no lograrlo, pues, la realidad respecto a un servicio estatal deficiente, es claro y evidente. Por ende, válidamente concluimos que primero son los servidores, y a partir de ello, recién se podrá garantizar un servicio estatal eficaz y eficiente.

Los principios laborales, no pueden ni deben ser ajenos a ninguna relación laboral, y ello incluye al Estado. La falta de regulación expresa de estos principios laborales, no hacen más que generar un margen de incertidumbre en los trabajadores y se evidencia el carácter estatutario que estaría configurándose en este proyecto de Ley, donde prevalecen principios de orden presupuestal frente a la inexistencia de principios pilares como el principio protector. Ello queda evidenciado cuando la norma refiere expresa y taxativamente que "los operadores de la norma deberán privilegiar los principios de instrumentalidad y Necesidad del Estado, de Provisión Presupuestaria y sostenibilidad de las Finanzas del Estado y de Especialidad Normativa. Prueba de ello, es que a lo largo de la propuesta normativa, se encubre la relación laboral bajo un denominado "vínculo jurídico", o la remuneración como "prestación", como si este tipo de postulados, dejan de hacer del servidor público un trabajador que tiene amparo constitucional al igual que un trabajador del sector privado, salvo las específicas restricciones y limitaciones impuestas en la propia Constitución.

Tabla N° 08 y Gráfico N°08 : Sentencias del tribunal constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública periodo 2008-2010.

Encontramos que un 73,5% fueron declaradas fundadas; el 13,3% fueron establecidos como infundadas y el 13,3% improcedentes. Esto demuestra que el Tribunal Constitucional durante el periodo que duró la investigación, ha establecido que los contratos por servicios no personales en la administración pública han sido dejados de lado para cambiarlos por la estabilidad laboral

Tabla N° 09 y Gráfico N°09 : Relación entre el factor de carácter jurídico y las sentencias del tribunal constitucional de los contratos por servicios no personales en la administración pública, periodo 2008-2010

Respecto a la relación entre el factor de carácter jurídico y las sentencias del Tribunal Constitucional de los contratos por servicios no personales en la Administración Publica, notamos que existió una relación significativa estadísticamente de P≤0,002; es decir las consecuencias que generan la existencia de los contratos por Servicios no Personales en la Administración Pública son de carácter jurídico por tratarse de contratos atípicos no regulados por una ley especial, condicionando una estabilidad laboral ficticia a favor de los trabajadores contratados por la modalidad de Servicios No Personales.

En nuestra legislación laboral pública, no existe norma legal alguna que regule la actividad de los trabajadores contratados bajo la modalidad de Servicios No Personales. Así lo ha reconocido la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central, creada mediante Decreto Supremo N° 004-2001-TR.

En efecto, los contratos con la Administración Pública, originalmente regulados por el Código Civil, fueron desnaturalizados por su forma de manejo al convertirse en permanentes y de labores subordinadas.

En consecuencia, al no corresponder a ninguna categoría jurídica, se constituyen en contratos atípicos, pues, no existe precisión sobre los alcances de tales contratos. Más aún, esta falta de regulación normativa, ha otorgado a los servicios no personales la protección del Artículo1° de la Ley N°24041, cuya redacción se refiere en general a los trabajadores contratados, sin especificar su modalidad, cosa que no podía hacer, porque cuando se dio dicha norma, no existía la modalidad en el servicio público.

Estos contratos carecen de tipicidad social porque el orden normativo aplicable se integra por: la voluntad común del Locador y del Locatario; las normas supletorias aplicables a estos contratos y las obligaciones de

ellos derivadas; y, las normas regulatorias de los contratos afines en cuanto sean compatibles con su finalidad.

En consecuencia, la atipicidad de los contratos por Servicios No Personales, queda demostrada.

Además, de manera complementaria se ha considerado que la gestión de los contratos por Servicios No Personales transgrede normas legales sobre la incorporación de personal a la Administración Pública. Ya hemos señalado que, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 005-90- PCM, el ingreso a la carrera pública se produce por concurso de méritos.

Sin embargo, el ingreso a la administración pública de los servicios no personales, tal como fue concebida dicha modalidad contractual, no podía llevarse a cabo observando las normas antes citadas, por lo que son de aplicación la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y la Resolución de Contraloría N° 072-98-CG.

No obstante, la incorporación de trabajadores públicos por la modalidad de servicios no personales, no solo se ha dado sin concurso, sino que también se ha excedido su tiempo de permanencia. De este modo, se dio una flagrante violación sobre la forma de incorporación y la permanencia de los trabajadores. Violando estas normas, las entidades públicas han realizado gastos en implementos, equipos, mobiliario y materiales para facilitar la labor de los servicios no personales. De respetarse lo establecido por el Código Civil en su Artículo 1770°, tales servidores debieron utilizar sus propios recursos para la realización de labores o, en todo caso, las entidades debieron racionalizar sus recursos para no incurrir en mayores gastos.

Así encontramos que el Expediente N° 1983-2002-AA/TC, del año 2002, el Tribunal Constitucional, ha señalado textualmente que: "...no resiste el menor análisis sostener que una labor de tan extenso periodo de duración pueda considerarse "temporal", pues la temporalidad significa que dura solamente cierto tiempo"; por el contrario, ese periodo tan

extenso demuestra la naturaleza permanente de la labor desarrollada por el demandante....". Asimismo, considera este alto tribunal que "...la relación contractual que existía entre las partes tuvo los caracteres de subordinación, dependencia y permanencia, propias de una relación laboral.

En todas las sentencias declaradas fundadas o procedentes, según el caso, el Tribunal Constitucional ha señalado que los demandantes solo podrán ser despedidos por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, y que al no haber procedido de ese modo, las entidades públicas vulneraron derechos constitucionales, tales como el derecho al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y al debido proceso, reconocidos en los artículos 2°, inciso 15), 22°, 26°, 27°, 139°, inciso 3) de nuestra Constitución.

Los contratos por Servicios No Personales se han producido, en algunos casos, para cubrir plazas orgánicas, como si se tratara de establecer vínculo laboral.

En el Expediente N° 2212-2002-AA/TC, el alto Tribunal, señaló en uno de sus fundamentos, que el trabajo de la recurrente se encontraba "...regulado por el régimen laboral público establecido por el Decreto Legislativo N° 276", con lo que la figura del contrato por Servicios No Personales queda desnaturalizado, para convertirse en una relación con estabilidad laboral.

En la misma sentencia, así como en muchas otras, el tribunal Constitucional dispone la reposición, en el cargo "...o en otro de similar grado y nivel". Esto confirma la estabilidad laboral adquirida por los Servicios No Personales, puesto que, por la naturaleza propia de dichos contratos, al no ocupar plaza orgánica, no les corresponde grado ni nivel.

En el Expediente N° 2518-2002-AA/TC, se añaden nuevos elementos que abonan a favor de la estabilidad laboral ficta, al señalarse

en uno de sus fundamentos: "...la relación tuvo caracteres de subordinación, dependencia y permanencia propias de toda relación laboral."

En el Expediente N° 1505-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional considera que "las labores del recurrente, al margen del texto de los contratos respectivos, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, de modo que no es correcto considerar que la mencionada relación laboral tuvo carácter eventual o accidental".

Uno de los fundamentos del Tribunal Constitucional de la sentencia recaída en los Expedientes N° 2119-2003-AA/TC y N° 2545-2003-AA/TC, señala existencia de "vínculo laboral" entre el trabajador y la Municipalidad Distrital de San Sebastián del Cusco.

La decisión del Tribunal Constitucional sobre el vinculum juris resulta más contundente en la sentencia recaída en el Expediente N° 2543-AA/TC, en la que afirma: "...de modo manifiesto pretende establecer una "salida jurídica", encubriendo una burda desnaturalización de una relación laboral que ha tenido continuidad en el tiempo desde 1993".

Con relación a las características del servicio que prestan los trabajadores contratados por la modalidad de Servicios No Personales, el Tribunal Constitucional ha expresado en la sentencia del Expediente N° 2545-AA/TC: "...el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación permanente entre el empleador y el trabajador , en ,en virtud de la cual estese obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo", con lo que se acredita fehacientemente que dichos contratos adquieren, por el tiempo y por las características de su ejecución, el carácter de estables.

Asimismo, como confirmación de lo anterior, la sentencia del Expediente N° 0139-2004-AA/TC, señala que al "...haber acreditado el demandante que laboraba para la entidad demandada de forma permanente y en condiciones de dependencia, le asistía el derecho a la estabilidad laboral que contempla el artículo 1° de la Ley N° 24041..."

Por último, al afirmar en la sentencia del Expediente N° 1084- 2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional que "la política administrativa tendiente a impedir que surta efectos la Ley N° 24041, interrumpe tendenciosamente la vigencia de los mismos para evitar la generación de derechos", pone en evidencia la manera como se vienen gestionando los recursos humanos en la Administración Pública, demostrándose de este modo que, en algunos casos, la lesión de derechos constitucionales no es producto del desconocimiento, sino de la mala fe.

Por lo tanto factor falta de observancia de las normas influye en el incumplimiento de los contratos administrativos de ejecución de obras en la municipalidad Provincial de Coronel – Pucallpa.

Por todo ello, la sumatoria de los enunciados, producto de las interpretaciones realizadas, y la comparación respectiva con el cuerpo de hipótesis, nos permite llegar a la confirmación de la HIPÓTESIS GENERAL, propuesta para el presente estudio, la misma que corrobora la siguiente formulación :" **Existe una relación significativa entre el uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública y sus implicancias jurídicas** " propuesta para el presente estudio, de acuerdo a todas las pruebas que existió una relación significativa estadísticamente de $P \leq 0{,}002$; es decir las consecuencias que generan la existencia de los contratos por Servicios no Personales en la Administración Pública son de carácter jurídico , sus resultados salen altamente significativos, por lo que se acepta la Hipótesis.

5.2. CONCLUSIONES

1. Los contratos por servicios no personales no son compatibles con el marco constitucional en el periodo, la reforma en el régimen de contratación de personas por el Estado -por más novedosa y bien intencionada que sea- no puede darse a espaldas de nuestro marco constitucional de respeto de los derechos fundamentales, de los Convenios Internacionales en materia de derechos laborales, y de la realidad de los trabajadores públicos en nuestro país.
2. Los Contratos por Servicios no Personales en la administración pública no reconocen los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política.
3. Los contrato por servicios no personales tienen implicancias jurídicas porque no existe una normativa apropiada que englobe a las formas contractuales existentes que son carentes de regulación es un contrato atípico, que carece de regulación jurídica.
4. En los contratos por servicios no personales no se da cumplimiento a las políticas públicas trazadas por la Administración Pública.
5. Este tipo de contratación no ha sido evaluado bajo el test de proporcionalidad e igualdad, siendo en consecuencia considerado como un contrato atípico que además vulnera los derechos fundamentales .La constitucionalidad de los contratos por servicios no personales no se relacionan significativamente con el test de proporcionalidad e igualdad, periodo 2008-2010
6. Los contratos por servicios no personales los contratos por servicios no personales permite el ingreso de la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo, por lo tanto se relacionan significativamente con la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo.
7. Los contratos por servicios no personales vulnera el principio-derecho de Igualdad ante la Ley 2008-2010
8. Los contratos por servicios no personales en la administración pública se relacionan con el factor de carácter jurídico y las sentencias del Tribunal Constitucional, periodo 2008-2010

9. Esto demuestra que el Tribunal Constitucional, ha establecido que los contratos por servicios no personales en la administración pública sean dejados de lado para cambiarlos por la estabilidad laboral.
10. Los contratos por servicios no personales en la administración pública se relacionan con el factor de carácter económico y las sentencias del Tribunal Constitucional , periodo 2008-2010

5.3. RECOMENDACIONES

1. El elevado número de trabajadores por servicios no personales ha creado una situación sui generis, cuya solución no puede dejarse librada a la discrecionalidad de las entidades públicas, pues han sido estas, precisamente, las que han generado el desorden, aprovechando el vacío legal sobre la materia.
2. Hemos demostrado que las Leyes Anuales de Presupuesto, así como las de austeridad, por un lado prohíben nuevos contratos, pero al mismo tiempo crean las excepciones, resultando de este modo que la prohibición es una falacia.
3. Habiendo alcanzado la situación proporcional nacional, urge tomar medidas desde el gobierno central, pero que no deben significar el despido masivo, porque se crearía un grave problema social en nuestro país. Al respecto, tengamos en cuenta que el problema del empleo viene afectando a nuestra sociedad desde hace décadas y es el principal factor de pobreza. En tal sentido, creemos que la solución debe abarcar las siguientes medidas:

   Racionalización del personal, orientando los recursos humanos a actividades productivas dentro de la administración pública.

   Capacitación en modernas técnicas de gestión pública.

   Revisión y uniformización del monto de honorarios segun categorías y funciones.

   Concurso público para cubrir plazas vacantes.

   Prohibición definitiva de nuevos contratos, estableciéndose drásticas sanciones para los funcionarios que incumplan las normas.

4. Al haberse consagrado el derecho a la estabilidad laboral, aunque ficticia, es preciso establecer un régimen norrnativo que regule la actividad de los trabajadores contratados por la modalidad de servicios no personales, señalándose en dicha normativa el sistema de trabajo, que debería incluir:

   La realización de labores específicas, distintas a las de los servidores permanentes, con plazos de cumplimiento.

Su ejecución sin necesidad de asistir a la entidad, excepto para la entrega de las labores encomendadas.

Reglas de comportamiento y sanciones en caso de incumplimiento, conducentes a la resolución del contrato previo proceso administrativo.

Establecimiento de sanciones para los funcionarios que violen los derechos de los trabajadores contratados por la modalidad de servicios no personales que, por la duración del contrato y la naturaleza de las funciones, hayan alcanzado la proteción del Artículo 1° de la Ley N° 24041.

Reducción del presupuesto asignado para la realización de labores por servicios no personales.

5.4. REFERENCIAS BIBLIOGRAFIAS

1. BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE. ICS Editores. Segunda Edición. Octubre de 1996. Lima Perú. Pág. 225.
2. BETTI, EMILIO: Teoría General del Negocio Jurídico, p. 11.
3. BIELSA, RAFAEL: La Función Pública. Buenos Aires, Depalma, 1960.
4. BRUGI, BIAGIO: Instituciones de Derecho Civil, p. 97 y 291.
5. Contraloría General de la República, MANUAL DE AUDITORIA GUBERNAMENTAL- MAGU -1998.
6. CAMANO ROJO, Eduardo. Las contrataciones atlpicas y el contrato de trabajo a tiempo parcial. Rev. derecho (Valdivia). [online], die. 1999, Vol. 10 [citado 03 Enero 2006], pp. 59-68.
7. CAIRO ROLDAN, OMAR: Revista Jurídica, El Peruano, 14-06-05.
8. CUARTANGO, GONZALO OSCAR: "Relaciones Laborales, Empleo y Protección Social en la Globalización". Universidad De Castilla-La Mancha. 2002.
9. CODIGO CIVIL .DECRETO LEGISLATIVO Nº 295
10. Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Edición Oficial.
11. Decreto Legislativo N° 728, Art. 106. Edición Oficial.
12. Decreto Ley N° 26162. Ley del Sistema Nacional de Control, Disposiciones Finales. Edición Oficial.
13. Decreto Supremo N° 004-2001-TR, Diario Oficial "El Peruano".
14. Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del D. Leg. N° 276, Artlculos 3°, 23°, 24°, 25°, 77°, 150°.
15. Decreto Supremo N° 012-97-RE. Ratifica la Convención Interamericana contra la Corrupción. Artículo I.
16. Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Artlculo 2°.
17. Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, Reglamento de la Ley N° 27815.

18. EKMEKDJIAN: "La Estabilidad del Empleado Público en el nuevo Estatuto del personal Civil de la Administration publica National", Buenos Aires, L.L. T. 150 pag. 968.
19. GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO - FERNANDEZ, TOMAS RAMON Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Civitas. Madrid, 1996. Pag. 658.
20. GOMEZ, VICENTE: La Declaración de voluntad en el negocio jurldico. Universidad Autonoma de San Luis Potosí. Abril-Diciembre, 1955.
21. GORDILLO, AGUSTIN: Clasificacion de los Contratos Administrativos, Capltulo XI, http://www.gordillo.com/Pdf/1-5/1-5%C2%AAxi.pdf.
22. GORDILLO, AGUSTIN: Emergencia residual en la deuda publica interna. Buenos Aires, 1996.
23. KROTOSCHIN, ERNESTO: Los empleados publicos y el derecho del trabajo, Legislation del Trabajo, Buenos Aires, T. XIX, p.865 y sigs. Ley N° 27444,
24. Ley del Procedimiento Administrativo General, Artlculo 218°. Ley N° 27815, Ley del Codigo de Etica de la Funcion Publica, Artlculos 2°, 4°. Ley N° 28175, Ley MarcodelEmpleoPublico.
25. LeyN°28652,LeydePresupuestodelSectorPublicoparaelAno Fiscal 2006.
26. MAIRAL JIMENEZ, MANUEL: El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público. Editorial Temas de Administration Local, Madrid, 1990, pags.39, 44 y45.
27. MESSINEO, F.: "Doctrina general del contrato", T. I p. 398. MESSINEO, F.: "Manual de Derecho Civil y Comercial", Bs.As., E.J.E.A., 1955, T. IV p. 450.
28. PICCONE, FRANCISCO Empleo publico, Enciclopedia Jurldica Omega, Tomo X, Editorial Bibliografica Argentina Buenos Aires, 1977, pg.37 y sgs.

ANEXOS

Nº ficha: [ ] **Fecha:** / /

ANEXO Nº 01

ENCUESTA: uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública y sus implicancias jurídicas

Instrucciones

La presente encuesta tiene el propósito de recopilar información sobre uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración pública y sus implicancias jurídicas. Le agradecemos seleccionar y encerrar la opción según corresponda.

Por favor responda todos los ítems, su respuesta es individual anónima y confidencial. Gracias por su colaboración.

I. ASPECTOS DEL CONTRATO POR SERVICIOS NO PERSONALES:

1.1. ¿El Tribunal Constitucional ha reconocido al Contrato por Servicios no Personales como un régimen especial de contratación laboral para el sector público compatible con el marco constitucional?

SI ( )

NO ( )

1.2. ¿Actualmente, el Contrato por Servicios no Personales permite el acceso a la seguridad social, tanto en materia asistencial como pensionaria?

SI ( )

NO ( )

1.3. ¿El Contrato por Servicios no Personales reconoce los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales pertinentes?

SI ( )

NO ( )

1.4. ¿Se ha dotado de una normativa apropiada a las formas contractuales que hasta la fecha no habían sido reguladas por norma alguna?

SI ( )

NO ( )

1.5. ¿La contratación por Servicios no Personales asegura el cumplimiento de las políticas públicas trazadas por la Administración Pública?

SI ( )

NO ( )

1.6. ¿Considera Ud. que el régimen del Contrato por Servicios no Personales es una medida transitoria a fin de incluirse gradualmente a dichos trabajadores a la carrera pública?

SI ( )

NO ( )

1.7. ¿La transitoriedad del régimen de Contratación por servicios no personales se ha visto materializada a través de plazos definidos o de parámetros que permitan especificarlos?

SI ( )

NO ( )

1.8. ¿Actualmente se ha evaluado la constitucionalidad de la contratación por servicios no personales bajo el test de proporcionalidad e igualdad?

SI ( )

NO ( )

1.9. ¿Dentro de la constitucionalidad del régimen especial de contratación administrativa de servicios, abre las puertas a la arbitrariedad y clientelismo en la asignación de puestos de empleo en el sector público?

SI ( )

NO ( )

1.10. El Contrato por servicios no personales reconoce los siguientes principios:

La estabilidad ( )

La igualdad de oportunidades ( )

Retribución justa ( )

Mérito ( )

Capacidad e imparcialidad ( )

El reconocimiento del vínculo laboral ( )

II. ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL CONTRATO POR SERVICIOS NO PERSONALES:

2.1. ¿El régimen del Contrato por Servicios No personales moderniza el Estado?

SI ( )

NO ( )

2.2. ¿El Contrato por servicios no personales forma parte del TLC-USA?

SI ( )

NO ( )

2.3. ¿El Contrato por Servicios No Personales genera mayor Competitividad Económica al Estado?

SI ( )

NO ( )

2.4. El régimen del Contrato por Servicios no Personales aplica los principios:

De Igualdad o de la Razonabilidad ( )

De idoneidad o de adecuación ( )

De Necesidad ( )

De la Proporcionalidad ( )

2.5. ¿El régimen del Contrato por Servicios no Personales vulnera el principio-derecho de Igualdad ante la Ley?

SI ( )

NO ( )

UNIVERSIDAD NACIONAL DE UCAYALI
BIBLIOTECA CENTRAL
U N U
43TM

Nº ficha: [ ] **Fecha:** / /

ANEXO Nº 02

FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL

TITULO DE LA INVESTIGACIÓN: El uso indiscriminado de los contratos por servicios no personales en la administración publica y sus implicancias jurídicas.

INSTRUCCIONES. Sírvase registrar, la información relacionada a los contratos por servicios no personales en la administración pública, según corresponda.

La información será manejada en estricto confidencialidad

Gracias.

1. Número de expediente:.....

2. Fecha de inicio del proceso:.....

3. Sentencias del Tribunal Constitucional que resuelven Procesos de Amparo sobre despido de trabajadores de la Administración Pública contratados por la modalidad de Servicios No Personales:

.....

.....

.....

4. Fecha de culminación del proceso: .....

4. Factores sobre las consecuencias que generan la existencia de los Contratos por Servicios No Personales en la Administración Pública:

___ Carácter jurídico

___ Carácter económico

_____