

UNIVERSIDAD NACIONAL “HERMILIO VALDIZAN” - HUÁNUCO

ESCUELA DE POSGRADO



**“APLICACIÓN DEL RÉGIMEN POR SERVICIOS NO PERSONALES
A LOS TRABAJADORES ADMINISTRATIVOS DE LA UNHEVAL,
VULNERANDO DERECHOS LABORALES Y JURÍDICOS CON
TENDENCIAS PENALES. PERIODO 2016 -2017”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO
CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

TESISTA: ANTHONY MARTÍN CONDORI SÁNCHEZ.

ASESOR: MG. RONALD SOTOMAYOR HERRRERA.

HUANUCO – PERÚ

2017

DEDICATORIA

A Dios, por iluminar y velar por mi existir y el de mi familia.

A mis padres Martin y Florinda, mi hermana Melany, mi esposa Tatiana, a mi hijo Asael y mi hija Thiana por ser razón y motivo de mi existencia y a mis padres, hermana y familia por su apoyo incondicional y por encaminar mi existir.

AGRADECIMIENTO.

 Mi agradecimiento a las autoridades que conducen la Escuela de Post Grado de la UNHEVAL, como también a su plana docente y administrativa, por el apoyo prestado durante mi investigación.

RESUMEN

Con mucha preocupación vemos como algunas Instituciones Públicas vienen contratando sistemáticamente bajo la modalidad de "Locación de Servicios", supuestamente, para que la entidad se "ahorre" en algunos pagos obligatorios y descuentos al personal que podría realizarse en una contratación regular y de acuerdo a las normas, permitiendo con ello que su personal administrativo, pase de una relación laboral a una relación de naturaleza contractual, sin que exista algún tipo de impedimento legal en la variación jurídica, vulnerando así los derechos laborales.

Una de las diversas formas de atropello de los derechos laborales, es la variación de la relación jurídica laboral existente, hacia la contratación de los Servicios No Personales (SNP) o "Locación de Servicios", que en la mayoría de casos resulta ser una fachada para cubrir la verdadera relación laboral existente, permitiendo con ello que la Administración Pública desnaturalice los contratos por Servicios No Personales (SNP) o Locación de Servicios, al haber sometido a estos trabajadores a la realización de labores de carácter permanente, por tiempo indefinido, subordinadas y en un horario propio de los trabajadores permanentes, sujetos, inclusive, a descuentos. Conllevando a desconocer los derechos adquiridos una vez desnaturalizado el vínculo contractual, utilizando diversos mecanismos, tales como: concederles vacaciones y luego impedirles el ingreso; o en su defecto la suscripción de "nuevos contratos", entre otras modalidades, que en su mayoría tiene por objeto varios el monto de las remuneraciones, esto a la vista de un Estado, que intenta homologar un servicio Civil, teniendo una dura tarea no solo desde el punto jurídico, sino también representando dicha aplicación del vínculo contractual una posible afectación a potenciales bienes jurídicos.

Por eso, esta investigación constituye un tema de mucho interés, pues se justifica en la medida que se va a llegar a conocer la **“Aplicación del régimen por Servicios No Personales a los trabajadores administrativos de la UNHEVAL, vulnerando derechos laborales y jurídicos con tendencias penales, dentro del periodo 2016-2017**, al identificar y evaluar las **deficiencias jurídicas**, así como su posible implicancia en la Vía Penal.

El tipo de investigación con el cual se abordó el problema fue Descriptivo – No Experimental, porque trató de determinar la relación existente entre la aplicación contractual de los Servicios no Personales con los Derechos Laborables vulnerados, esto vinculado directamente a una posible comisión de un ilícito penal, por su modalidad de aplicación.

SUMMARY

With much concern we see how some Public Institutions are systematically hiring under the modality of "Service Location", supposedly, so that the entity "saves" in some mandatory payments and discounts to staff that could be made in a regular contract and according to the norms, allowing its administrative staff to move from a labor relationship to a contractual relationship, without there being any kind of legal impediment in the legal variation, thus violating the labor rights.

One of the various forms of abuse of labor rights is the variation of the existing labor legal relationship, towards the hiring of Non-Personal Services (SNP) or "Location of Services", which in most cases turns out to be a façade to cover the true existing employment relationship, thereby allowing the Public Administration to distort the contracts for Non-Personal Services (SNP) or Service Locations, by subjecting these workers to the performance of permanent tasks, for an indefinite period, subordinated and in a proper schedule of permanent workers, subject, inclusive, to discounts. Leading to ignore the acquired rights once denatured the contractual link, using various mechanisms, such as: grant them vacations and then prevent them from entering; or in its absence the subscription of "new contracts", among other modalities, which mostly has as its object several amounts of remuneration, this in view of a State, which tries to approve a Civil service, having a hard task not only from the legal point, but also representing the application of the contractual link a possible impact on potential legal assets.

Therefore, this investigation is a subject of great interest, because it is justified to the extent that we will get to know the "Application of the regime for non-personal services to administrative workers of UNHEVAL, violating labor and legal rights with criminal tendencies", within the 2016-2017 period, when identifying and

evaluating legal deficiencies, as well as their possible implication in the Criminal Way.

The type of investigation with which the problem was addressed was Descriptive - Non-Experimental, because it tried to determine the relationship between the contractual application of the Non-Personal Services with the Labor Rights violated, this directly linked to a possible commission of a criminal offense , by its application modality.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación es una aproximación a una realidad que se da en las diferentes instituciones ya sea pública o privada, siendo más evidente, la que se desarrolla en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

En este sentido, es muy común encontrar en la práctica que las instituciones públicas, en un afán de ahorrar los costos, contraten al personal que ejecuta labores dentro de un horario determinado, bajo subordinación y dependencia (características propias de un contrato de trabajo) bajo la modalidad de Locación de Servicios, produciéndose una simulación o alteración de la realidad vinculante entre empleador y trabajador.

Si bien los contratos de Locación de Servicios o llamados anteriormente como Locación de Servicios No Personales, se encuentran reconocidos y regulados por el Código Civil, específicamente por los artículos 1764° al 1770°, en el cual establece que: "el locador se obliga sin estar subordinado al comitente a prestar sus servicios por un tiempo determinado a cambio de una retribución".

El Decreto Legislativo 1057 prohíbe la contratación por servicios no personales, por su desnaturalización, pues esos deben ser sustituidos por los contratos regulados en el Decreto legislativo 728 o por el régimen laboral del Decreto Legislativo 276, dependiente de la naturaleza de la Entidad. Por lo que el citado decreto legislativo establece una prohibición, pero no sanciona efectivamente al que incumple la norma, produciéndose una circunstancia de vulnerabilidad en el trabajador o locador, ante una conducta que genera impunidad, produciéndose una circunstancia de ilegalidad, por lo que se podría haber un potencial perjuicio a los derechos de los trabajadores, a la vista de un Estado que promueve la dignidad de sus trabajadores, mereciendo dicha conducta sanción de naturaleza

penal y administrativo, inclusive no sólo al funcionario que contrató, sino también la misma vinculación del titular de la Entidad.

Esto atendiendo, a la importancia de proteger el trabajo humano como instrumento de Gestión Administrativa que permitirá optimizar la calidad de sus servicios de la Administración Pública y la sola imposición de un régimen que perjudica la labor ordinaria, bajo la amenaza proclive de ser despedido constituye un perjuicio al mismo servicio público, lo que genera una implicancia no solo a nivel administrativo, sino a nivel penal.

En tal sentido, la secuencia que se ha considerado en esta tesis, es como sigue:

Capítulo I.- El problema de investigación, donde se describe la situación del caso, se formula las interrogantes, se propone los objetivos y se plantean las hipótesis, definiendo las variables, la justificación, viabilidad y limitaciones.

Capítulo II.- El Marco Teórico, aquí se desarrolla los antecedentes, las bases teóricas, definiciones conceptuales y las bases epistémicas.

Capítulo III.- El Marco Metodológico, aquí se trata el tipo de investigación, diseño del estudio, población y muestra y las técnicas e instrumentos del estudio.

Capítulo IV.- Los Resultados, Se traslada el estudio en sí, mediante procedimientos estadísticos y porcentuales. Se contrasta las hipótesis secundarias y las pruebas respectivas. Esto se desarrolla en tablas y gráficos.

Capítulo V.- La Discusión de Resultados, Se contrasta el trabajo de campo con los referentes bibliográficos. También se contrasta la hipótesis general con el trabajo en sí. Esto se hace en base a la argumentación lógica.

Al final se realiza las conclusiones y en base a esto, las recomendaciones.

ÍNDICE

RESUMEN.....	IVV
SUMMARY	VI
INTRODUCCIÓN	VIIII
ÍNDICE	X
EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	12
1.1. Descripción del problema.	12
1.2. Formulación del problema.	14
1.2.1. Problema general.	17
1.2.2. Problemas específicos.	17
1.3. Objetivos	17
1.3.1 Objetivo general.....	17
1.3.2 Objetivos específicos.	18
1.4. Hipótesis	18
1.4.1 Hipótesis general	18
1.4.2 Hipótesis específicas.....	18
1.5. Sistemas de Variables, Dimensiones e indicadores	19
1.5.1 Sistema de Variables.....	19
1.5.2 Dimensiones e indicadores	19
1.6. Justificación e importancia.....	20
1.6.1. Justificación.....	20
1.6.2. Importancia.....	20
1.7. Viabilidad.....	20
1.8. Limitaciones	21
MARCO TEÓRICO	23
2.1. Evaluación de los estudios realizados	23
2.2. Conceptos Fundamentales.....	33
2.2.1 Derecho al Trabajo.....	33
2.3. Bases Teóricas	34

2.3 Definiciones Conceptuales.....	93
2.4 Bases Epistemológica.....	96
2.4. Bases epistémicos.....	97
MARCO METODOLÓGICO.....	98
3.1. Tipo de investigación.....	98
3.2. Diseño y esquema de la investigación.....	98
3.2.1 Diseño.....	98
3.3. Población y muestra.....	99
3.3.1 Población.....	99
3.3.2 Muestra.....	99
3.4. Instrumentos de recolección de datos	99
3.5. Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos.....	99
RESULTADOS	101
DISCUSIÓN DE RESULTADOS	117
CONCLUSIONES.....	119
SUGERENCIAS	122
BIBLIOGRAFÍA.....	123
ANEXOS	125

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema.

En el Perú, se vinieron implementando progresivamente, diferentes regímenes laborales, tales como el Decreto Legislativo 728°, 276°, 1057° y la ley N° 30057°, caracterizándose por la falta de planificación y dirección coherente que permita contar un servicio eficaz y orientado hacia el ciudadano. La complejidad de la gestión de los servidores públicos ha sido producto de la coexistencia de distintos regímenes laborales con diferentes reglas de juego, así como de la distorsión del sistema de remuneraciones y el abuso de las contrataciones temporales.

Entre el año 1993 y 2010, las distintas medidas de austeridad estipuladas en las leyes de presupuesto originaron que el ingreso de nuevo personal a la carrera administrativa haya sido marginal. Sin embargo, algunas entidades prefirieron optar por mecanismos más flexibles de contratación a pesar de contar con la exoneración de dichas restricciones presupuestales para la incorporación de personal de carrera.

Las entidades que no adoptaron el régimen laboral de la actividad privada recurrieron a otra modalidad de contratación llamada Servicios No Personales (SNP) para satisfacer las necesidades de contratación de personal al interior de las entidades públicas, en un contexto de prohibición de incorporar personal permanente en ellas. El régimen laboral de la actividad privada y contratos por SNP se sujetan a principios, criterios y normas disimiles entre sí. Mientras que el

primero está regulado por el derecho laboral Decreto Legislativo 728, los SNP no corresponden a ninguna regulación específica.

Los SNP son contratos de naturaleza civil, bajo el amparo del Código Civil y la Ley de contrataciones del Estado, por tanto, constituían una relación civil autónoma y no recibían ningún beneficio propio de una relación laboral (ni social ni pensionario). El uso de esta modalidad de contratación de personal en el Estado comenzó a proliferar desde los años 90, llegando en el año 2004 a representar el 10 por ciento (61 mil trabajadores) del total de servidores públicos activos.

A su vez, el pago de honorarios a trabajadores bajo la modalidad de SNP es particularmente desordenado, incluso más que en las entidades regidas por el régimen laboral de la actividad privada, pues al tratarse de una relación no laboral, no existía la obligación de las entidades públicas de contar con escalas de pago para los SNP. Por ello, la retribución mensual era establecida de forma particular en el contrato de cada persona.

iendo esto así, al estar habilitado el SNP para su uso y aplicación en un servicio específico, la Administración Pública hace un uso desmedido de dicho vínculo civil, amparado en un estado de necesidad, sin embargo, la solución a mediano plazo, ocasiona distorsión el sector laboral, por la sola desnaturalización de la misma.

Por lo tanto, resulta importante precisar su verdadera naturaleza jurídica, hacer una confrontación con los otros regímenes laborales y consecuentemente explicar y analizar los fines del régimen por Servicios no Personales a fin de entender el objeto de protección de una naturaleza penal, de resultar aplicable.

1.2.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

En cuanto a la realidad problemática, se tiene que la Universidad Nacional Hermilio Valdizan, fue creada el 11 de enero de 1961, integrada por 14 facultades que albergan 27 escuelas profesionales, teniendo en la actualidad 10443 estudiantes, siendo esto así, a fin de poder impulsar la conducción de la universidad, tiene como personal administrativo entre funcionarios y servidores públicos a 579¹ trabajadores, distribuyendo de la siguientes forma: **a)** Funcionarios (50), **b)** Profesionales (15), **c)** Técnicos (80), **d)** Auxiliares (85), **e)** CAS (154), **d)** Locación de Servicios (194). Pudiendo con ello evidenciarse que en su mayoría son por locación de servicios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que uno de los objetivos de la Universidad es poder brindar calidad en la Gestión Institucional, esta se encontraría limitada por dos factores, presupuesto institucional y trabajo humano, implicando con ello que en algunas ocasiones la contratación por Locación de Servicios se vuelva masiva y permita suplir esa necesidad, circunstancia que no es ajena a las demás Instituciones Públicas, no resultando una prohibición, sin embargo su masivo uso puede tener efectos jurídicos.

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

¹ Anuario Estadístico 2015

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

Por otro lado, en 2002, se aprobó la Ley de bases de descentralización, la cual establece la separación de competencias y funciones de los tres niveles de gobierno y la transferencia de competencias sectoriales a los gobiernos regionales. En este contexto, los gobiernos regionales fueron exonerados de las normas de austeridad presupuestal que impedían el ingreso de nuevos trabajadores a la carrera administrativa, con el objetivo de cubrir los cargos generados como consecuencia de las nuevas competencias asumidas por los gobiernos regionales. Sin embargo, pese a contar con autorizaciones para la contratación de servidores de carrera, el personal incorporado a los gobiernos regionales fue contratado, principalmente, bajo la modalidad de servicios no personales, lo que explicaría que no se hayan reportado nuevos ingresos de personal bajo las normas de la carrera administrativa

Implicando con ello generar un desorden en la Administración Pública en la medida de que cada régimen implica distintos derechos y deberes para los servicios públicos, caracterizándose por ser un sistema cerrado, que no permite otro tipo de incorporación contractual de naturaleza civil, que no haya ingresado por las modalidades de ingreso.

Realidad que se viene dando en todas las Instituciones Públicas, tomando esto en cuenta que se intenta suplir con el vínculo contractual de Locación de Servicios la mayoría de régimen laboral existente en el Perú.

² Del Río Gonzales Oscar, publicado en internet el 08 de junio del 2009. Web <http://www.mailxmail.com/cursoservicios-funcion-publica-peruana/servicios-no-personales-snp>

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, la variación de diversas condiciones establecidas en el contrato anterior”.³

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 Pública (órganos-institución), tienen con ésta 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.⁴

Sin embargo dicha circunstancia no puede ser impuesta o desnaturalizada, porque la posible desnaturalización no solo influye en el incumplimiento del vínculo contractual, sino que podría generar responsabilidad administrativa y penal, cuyo objeto de determinar en la presente investigación.

³ Jacobo Romero Quispe. UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. TESIS para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Los Contratos por servicios no personales en la administración pública como condicionantes de la estabilidad laboral ficta. Lima-Perú 2009. Pag. 49

⁴ NOILLET, ALEJANDRA: Empleo Público. publicado en internet. Web <http://www.monografias.com/trabajos6/empu/empu.shtml>

En este sentido la problemática de las deficiencias laboral del régimen en estudio, se plantean de la manera siguiente:

1.2.1. PROBLEMA GENERAL:

¿De qué manera, la aplicación del régimen por servicios no personales, vulnera los derechos laborales y jurídicos de los trabajadores administrativos, con tendencias penales, en la UNHEVAL?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS:

1. ¿En qué medida, la aplicación del régimen por servicios no personales, vulnera los derechos laborales de los servidores administrativos en la UNHEVAL?
2. ¿Cómo influye a los trabajadores sujetos al régimen por servicios no personales, en la calidad de los servicios que brinda la UNHEVAL?
3. ¿En qué medida, la aplicación del régimen por servicios no personales, vulnera los derechos jurídicos de los servidores administrativos en la UNHEVAL?
4. ¿Al vulnerar los derechos laborales y jurídicos de los servidores administrativos, al aplicar el contrato por servicios no personales; pueden generar delitos penales a los funcionarios de la UNHEVAL?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. OBJETIVO GENERAL:

- Determinar, si la aplicación del régimen por servicios no personales, vulneran los derechos laborales y jurídicos con tendencias penales, en la UNHEVAL.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Identificar, en qué medida, la aplicación del régimen por servicios no personales, vulnera los derechos laborales de los servidores administrativos en la UNHEVAL.
2. Precisar, cómo influye a los trabajadores sujetos al régimen por servicios no personales, en la calidad de los servicios que brinda la UNHEVAL.
3. Definir, en qué medida, la aplicación del régimen por servicios no personales, vulnera los derechos jurídicos de los servidores administrativos en la UNHEVAL.
4. Determinar, si la vulneración de los derechos laborales y jurídicos de los servidores administrativos, al aplicar el contrato por servicios no personales, pueden generar delitos penales a los funcionarios de la UNHEVAL.

1.4. HIPÓTESIS

1.4.1. HIPÓTESIS GENERAL:

- La aplicación del régimen por servicios no personales, vulnera los derechos laborales y jurídicos con tendencias penales, en la UNHEVAL

1.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

1. La aplicación del régimen por servicios no personales, vulnera los derechos laborales de los servidores administrativos en la UNHEVAL.

2. La aplicación del régimen por servicios no personales, influye en los trabajadores sujetos al régimen por servicios no personales, en la calidad de los servicios que brinda la UNHEVAL.
3. La aplicación del régimen por servicios no personales, vulnera los derechos jurídicos de los servidores administrativos en la UNHEVAL.
4. La vulneración de los derechos laborales y jurídicos de los servidores administrativos, al aplicar el contrato por servicios no personales, generaran delitos penales a los funcionarios de la UNHEVAL.

1.5. SISTEMA DE VARIABLES, DIMENSIONES E INDICADORES

1.5.1. SISTEMA DE VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE

La aplicación del régimen por servicios no personales

(Efecto-Resultado)

VARIABLE DEPENDIENTE

Vulnera los derechos laborales y jurídicos.

(Causa-Manipulable)

1.5.2. DIMENSIONES E INDICADORES

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
Vi: La aplicación del régimen por servicios no personales	Identificar, analizar y explicar la aplicación del régimen por servicios no personales	Promover la legalidad del Régimen por servicios no personales a partir de la identificación de sus deficiencias laborales y jurídicas.

<p>Vd: Vulnera los derechos laborales y jurídicos.</p>	<p>Cumplimiento de las mismas funciones laborales por parte de los trabajadores al aplicar el régimen por SNP</p>	<p>Existen regímenes para el sector público que brindan mayores beneficios laborales a los trabajadores estatales</p>
--	---	---

1.6. Justificación e importancia.

1.6.1. Justificación

La investigación constituye en la actualidad un tema de sumo interés, pues se justifica en la medida que se va a llegar a conocer la realidad al identificar y evaluar las deficiencias jurídicas que existen actualmente, en la aplicación del régimen de contratación por Servicios No Personales (SNP), el cual servirá para mejorar la condición del trabajador.

1.6.2. Importancia

Esto se da en el sentido de que su estudio generará aportes a la actitud de los superiores, colegas y demás participantes en la UNHEVAL. Además, es un aporte en favor de la legislación laboral. Así mismo logrará que la UNHEVAL, independientemente de sus otros problemas, conozca y aplique herramientas que le permitan establecer un programa de celeridad en la solución sobre discriminación laboral al aplicar el Régimen de Servicios no personales (SNP)

1.7. Viabilidad.

Hemos creído conveniente llevar a cabo este trabajo de investigación, a pesar de las dificultades. Sin embargo, luego de dialogar con algunos

trabajadores administrativos de la UNHEVAL, se detectó diferencias entre uno y otro servidor. Esto, debido a que las leyes laborales-administrativas favorecen a algunos trabajadores y discriminan a otro grupo; apreciándose además, que hay jefes que aprovechan la ley y la precariedad del sistema para vulnerar y abusar los derechos de los servidores por servicios no personales

Por tal motivo, viendo esas diferencias tanto administrativas como jurídicas y conociendo de cerca la problemática de los señores trabajadores que están en el régimen de SNP, hemos visto la posibilidad y **la viabilidad** de estudiar esta situación y plasmarlo en un trabajo de investigación; contando para ello con el apoyo de los señores funcionarios, así como también con los servidores administrativos de los diferentes regímenes, especialmente del SNP.

1.8. Limitaciones

Respecto a la viabilidad del presente trabajo de investigación, es viable, pues no se presentará impedimento alguno en la institución a la que se acudirá para desarrollar la investigación, ya que los investigadores gestionaremos las autorizaciones necesarias para recolectar la información, para tener el acceso a las diferentes áreas y oficinas (Expedientes laborales); asimismo se encontró información bibliográfica, revistas especializadas y páginas de internet relacionadas al tema.

También es viable, porque se obtendrá la autorización de las autoridades y funcionarios de la UNHEVAL, para efectuar las encuestas correspondientes y establecer el problema de investigación. Asimismo, porque se cuenta con la logística suficiente para su desarrollo.

Es pertinente precisar que los límites de la presente investigación, están relacionado a las restricciones propias del tipo del problema abordado, el cual se da por la poca investigación nacional sobre el tema, obligándonos a recurrir a la práctica doctrinaria nacional y extranjera para complementar el tema de investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

El desarrollo de la presente investigación trasciende el ámbito regional y se complementa con otros trabajos realizados a nivel nacional.

A) “APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE REALIDAD EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SERVICIOS Y CONTRATOS DE SERVICIOS NO PERSONALES”⁵.

CONCLUSIONES:

Ante la vista de que encontramos una disociación entre lo real y lo formal prevalecerá lo real puesto que se trata de:

- 1. De demostrar de algún modo la certeza de un hecho o de una afirmación, antes que llegar a la verdad de un tema trascendente.*
- 2. Del convencimiento del magistrado depende, en el derecho vigente, de la actividad probatoria de las partes. El Juez, en lo laboral no es un investigador, como sí sucede con el juez Penal, que en todo momento busca llegar a la realidad, incluso en aquellos casos en que el inculpaado se auto inculpe.*
- 3. Para hablar de veracidad, es indispensable determinar esa realidad que resulta una idea matriz con la que hay que comparar aquellos aspectos extraños a los que se denomina verdad. En tal sentido, en*

⁵

Moreno Santamaría, Abner. el principio de primacía de la realidad y su marco de aplicación. Web www.ussvirtual.edu.pe/Documentos/derecho/.../MORENO%20SANTAMARIA.doc

una controversia puede existir la versión de los interesados que tratan de mostrar mediante los elementos probatorios que hagan valer, puede también existir el punto de vista del magistrado o de quien analiza el conflicto sin ser parte del mismo. La verdad o realidad puede también ubicarse muy lejos de las aspiraciones de los interesados o del punto de vista del juez que juzga la causa.

B) “PROBLEMÁTICA DE LA EXISTENCIA DE DISTINTOS REGÍMENES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL ESTADO”.⁶

CONCLUSIONES:

1. Los contratos de Servicios No Personales (SNP) fueron creados con la promulgación del Decreto Supremo N° 065-85-PCM - Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestaciones de Servicios No Personales (RUA), con la finalidad de atender la necesidad de personal de las entidades del Estado a través de la contratación de servicios autónomos de un tercero ajeno a la entidad, servicio por el cual se le reconocía una contraprestación económica. Es decir, esta figura se creó con la finalidad de proveer al Estado de servicios autónomos no subordinados.

2. Desde la década de los ochenta por razones de austeridad fiscal las leyes del presupuesto vinieron imponiendo limitaciones al nombramiento o contratación de personal, resultando habitual que las leyes anuales del presupuesto público empezaran a prohibir la contratación de personal mediante los procedimientos estipulados en la

⁶ Luisa Pamela Beltrán Larco. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa con Mención en Gestión Empresarial. “PROBLEMÁTICA DE LA EXISTENCIA DE DISTINTOS REGIMENES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL ESTADO”. LIMA – PERÚ 2013

Ley de la Carrera Administrativa; lo que provocó que gran parte de entidades públicas optara por la contratación de Servicios No Personales; dejando de lado los procedimientos de acceso a la Administración Pública normados por la Ley de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276).

3. Dentro de ese proceso de cambios se fue diluyendo el concepto de “Carrera Administrativa” y se perdió toda iniciativa centralizada en materia de capacitación, calificación y desarrollo de cuadros profesionales.

4. La mayoría de los contratos de Locación de Servicios No Personales fueron desnaturalizados pues se ha puesto en evidencia que la labor que desempeñan estos servidores era de naturaleza permanente y estaban sujetos a subordinación directa; siendo éstas, características de los contratos laborales y no civiles; es decir su labor era igual a la labor que desempeñan los trabajadores que ingresaron a trabajar para el Estado mediante concurso público, de acuerdo a lo establecido por la Ley de la Carrera Administrativa, trabajadores que si tenían reconocidos sus derechos, estaban registrados en planillas, percibían el pago de sus beneficios sociales, bonificaciones, tenían la posibilidad de ascender a mejores puestos, entre otros. Labor que fue reconocida a través de distintas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, el cual amparado en el Principio de Primacía de la Realidad reconoció el vínculo laboral existente entre las personas contratadas mediante SNP y el Estado.

5. *La desnaturalización de los contratos SNP vulneró el artículo 23° de la Constitución Política, ya que de acuerdo al mismo, el Estado debió asegurar que ninguna relación laboral limitara los derechos constitucionales, ni desconociera o rebajara la dignidad de los trabajadores; convirtiéndose en inconstitucional la utilización de dichos contratos.*

6. *Situación que se agravó cuando la norma que regulaba la contratación de Servicios No Personales, es decir el RUA, quedara derogada en el año 1997, pues se siguió utilizando este tipo de contratación; situación que continuó hasta junio del año 2008, fecha en la que entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1057 – Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (CAS); es decir durante más de diez años se utilizó en el Perú una modalidad de contratación de personal no regulada en ninguna Ley y lo que es peor aún, esta modalidad de contratación (SNP) fue desnaturalizada, ya que paso de ser un contrato administrativo a un contrato laboral quebrantado, en vista a que el personal contratado debía de cumplir un horario de trabajo y estar bajo subordinación permanente sin reconocerle beneficio laboral alguno; todo ello por causas de austeridad y racionalidad del gasto público impuestas por el Estado.*

C) LOS CONTRATOS POR SERVICIOS NO PERSONALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CONDICIONANTES DE LA ESTABILIDAD LABORAL FICTA⁷.

⁷ Jacobo Romero Quispe. UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. TESIS para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Los Contratos por servicios no personales en la administración pública como condicionantes de la estabilidad laboral ficta. Lima-Perú 2009

CONCLUSIONES:

1. *Los contratos por servicios no personales, tal como se vienen gestionando, carecen de base legal que los sustente. Esta aseveración queda afirmada por lo dispuesto por el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1057, que define el contrato administrativo de servicios, señalando que "...constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado." Es decir, crea una nueva modalidad de contratación, manteniendo la vigencia de los contratos por servicios no personales, a tenor de lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, ya comentado.*

2. *La Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1057, dispone que "Las referencias normativas a la contratación de servicios no personales se entienden realizadas a la contratación administrativa de servicios.". Salvo esta disposición, no queda claro en la norma si los trabajadores por servicios no personales quedan incorporados al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. Al parecer, dicha acción sería potestativa de las entidades.*

3. *Lo anterior, quedaría confirmado por lo dispuesto por la Cuarta Disposición Complementaria Final, cuyo tenor dice: "Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento, por contratos celebrados con arreglo a la presente*

norma.” Es decir, continuará la suscripción de contratos por servicios no personales, pero para servicios no autónomos, cuya denominación es en realidad de “Servicios de Terceros” por tratarse de servicios eventuales.

4. La Administración Pública ha desnaturalizado los contratos por servicios no personales, al haber sometido a estos trabajadores a la realización de labores de carácter permanente, por tiempo indefinido, subordinadas y en un horario propio de los trabajadores permanentes, sujetos, inclusive, a descuentos.

5. Lo anterior, sumado al principio de primacía de la realidad, ha conllevado a que el Tribunal Constitucional sienta jurisprudencia al amparar a los trabajadores contratados por la modalidad de servicios no personales en el Artículo 1º de la Ley N° 24041, cuyas labores fueran de carácter permanente y se hubieran prolongado en forma ininterrumpida por más de un año.

6. En sus intentos por desconocer los derechos de los servicios no personales, la Administración Pública ha utilizado diversos mecanismos, tales como:

- Concederles vacaciones y luego impedirles el ingreso;*
- Suscripción de “nuevos contratos”, sin percatarse que estos sólo confirman la continuidad del servicio; Cambio de funciones; Cambios en la relación laboral; Despido arbitrario.*

7. La forma en que se han gestionado los contratos por servicios no personales, ha condicionado una estabilidad laboral ficta para decenas

de miles de trabajadores, colocando a la administración pública en una difícil situación legal y presupuestaria.

8. Los contratos por Servicios No Personales tienen un alto impacto en el Presupuesto en materiales, bienes, servicios, equipamiento y mobiliario. A ello se suma los gastos en que deben incurrir las entidades para defenderse cuando los trabajadores despedidos promueven acciones judiciales para su reposición.

La incorporación masiva de trabajadores por la modalidad de servicios no personales, viola diversos dispositivos legales sobre carrera y ética pública, así como sobre Presupuesto.

D) “LA DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS SUJETO A PLAZO EN UN CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA. ANÁLISIS A LA LUZ DE UNA INTERPRETACIÓN FINALISTA DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD”⁸.

CONCLUSIONES:

1.- Tomando en cuenta que el principio de primacía de la realidad tiene por función ser un mecanismo de preservación del orden público laboral y por fundamento principal a la dignidad humana, concluimos que dicho principio tiene una finalidad inmediata que es el reconocimiento de la verdadera relación laboral –en el caso del fraude a la ley, mediante la aplicación de la norma eludida, y en el caso de la simulación relativa, mediante el reconocimiento de la relación laboral– y una finalidad mediata que es la defensa de la dignidad del trabajador;

⁸ LUIS FERNANDO RUIZ PACHECO. UNIVERSIDAD CATOLICA SAN PABLO. Tesis Para optar el título profesional de abogado. AREQUIPA, 2016

siendo que al corresponderse ambas finalidades recíprocamente, las nuevas formas de prestación de servicios no pueden dar lugar al fraude laboral.

2. Respecto del cumplimiento de la finalidad inmediata de la primacía de la realidad, luego del estudio de las semejanzas y diferencias entre los elementos esenciales, naturales y accidentales del contrato de locación de servicios y del contrato de trabajo modal, surgen las objeciones que versan sobre el requisito de la formalidad de los contratos modales y la causa objetiva de contratación. A propósito de tales objeciones, hemos demostrado que la formalidad escrita del contrato de trabajo modal es probatoria toda vez que el contrato de trabajo viene determinado por la prestación efectiva de servicios, la ley no ha sancionado su omisión con la nulidad y su cumplimiento se encuentra dirigido al empleador a fin de evitar el fraude laboral. Asimismo, en cuanto al principio de causalidad de los contratos modales, hemos demostrado que este se identifica con la causa fin del acto jurídico por tratarse de hechos con relevancia económico social, siendo que el señalamiento de la causa objetiva de contratación mediante la forma escrita también obedece a evitar el fraude laboral por el empleador. En consecuencia, frente a la insubsistencia de dichas objeciones, es posible que frente a un eventual proceso judicial por desnaturalización, el prestador de servicios pueda alegar y demostrar la causa objetiva de contratación aunque el empleador no la hubiera consignado.

3. Por otro lado, respecto de la finalidad mediata, recordando que el principal fundamento de la primacía de la realidad es la dignidad

humana, concluimos que éste principio no hace sino tutelar 120 la dignidad del trabajador a través de los rasgos ontológicos de la racionalidad, incomunicabilidad, socialidad y juridicidad, de lo cual resultan las relaciones de género-especie, causa-efecto, instrumental y de necesidad entre el principio protector y el de primacía de la realidad, sin dejar de lado la observancia del principio de buena fe. Por ese motivo, una adecuada aplicación del principio de primacía de la realidad no puede permitir la simulación relativa o el fraude a la ley.

4. Después de demostrar que: 1) la actual realidad económica, social y empresarial que exige una rápida adaptación de la primacía de la realidad a fin de no quedar desfasada frente al fraude laboral; 2) los requisitos de formalidad y causalidad del contrato modal no constituyen una objeción a la desnaturalización toda vez que el prestador de servicios puede alegar y probar la temporalidad de la prestación, e incluso invocar la validez del plazo inicialmente pactado pues en ambos contratos –incluyendo el de duración indeterminada– éste constituye un elemento accidental que por mandato de la ley, salvo prueba en contrario, tiene la cualidad de supletorio en beneficio del trabajador, por lo cual nada obsta para que el trabajador quiera invocar la validez del plazo pactado; concluimos que un contrato de locación de servicios sí puede desnaturalizarse en un contrato de trabajo sujeto a modalidad y puede aplicarse la norma indemnizatoria frente al despido arbitrario en los contratos de trabajo a plazo fijo a fin de evitar el fraude laboral.

5. En suma, después de demostrar nuestra hipótesis, nos permitimos concluir que nuestra propuesta –la interpretación finalista– obedece a cabalidad a la esencia del principio de primacía de la realidad toda vez

que fortalece su aplicación frente a todas aquellas situaciones que pretenden reconducirse a figuras distintas para evitar la aplicación del Derecho del Trabajo, sin descuidar la necesidad de tutelar la dignidad del trabajador como núcleo inmutable y centro del ordenamiento jurídico, y sin menoscabar la realidad económica. En ese orden de ideas, nuestra propuesta no constituye un instrumento para destruir la actividad económica o empresarial sino para incentivar la formalidad y veracidad de ambos sistemas frente a la huida del Derecho del Trabajo.

E) “LA CRIMINALIZACIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES”⁹.

CONCLUSIONES:

1. En el Perú no existe una adecuada protección penal de los derechos fundamentales en el trabajo debido a que las conductas lesivas estos derechos no están tipificadas como tales o de lo contrario adolecen de una deficiente tipificación.

Los factores que determinan que en el Perú no exista una adecuada criminalización de las conductas lesivas a los derechos laborales fundamentales son de naturaleza jurídica positiva y política criminal.

***Juridico positivo:** porque las disposiciones legales vigentes evidencian una falta de tipicidad o deficiencias de tipo legal para la protección de los derechos fundamentales en el trabajo;*

⁹ Javier Arevalo Vela. UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. TESIS para optar el grado académico de Magíster en Derecho. Lima – Perú 2008

Político criminal: porque la realidad nos demuestra que existe desinterés por parte del Estado para establecer una estrategia que permita sancionar efectivamente los comportamientos que atentan contra los derechos fundamentales en el trabajo;

2. El Código Penal de 1991 tiene un deficiente tratamiento de los delitos contra los derechos fundamentales en el trabajo, pues, en el Capítulo VII Violación de la Libertad de Trabajo, incluido en el Título IV Delitos Contra la Libertad, sólo se protegen algunos de estos derechos y de una manera imperfecta, pues, los supuestos típicos se circunscriben mayoritariamente a la coacción, sin tener en cuenta que ésta no es la forma más común como se atenta contra los mencionados derechos.

3 .No existe una tipificación integral de los delitos contra el orden laboral, dentro de los cuales se encuentran los derechos fundamentales en el trabajo, ya que en nuestro Código Penal carece de un Título denominado Delitos contra el Orden Laboral.

4 .Existe un deficiente tratamiento en las sanciones de los delitos contra los derechos laborales, pues, la pena es única para todas las modalidades sin tener en cuenta que las mismas deben variar en razón del daño al bien jurídico que se protege.

2.2. BASES TEÓRICAS

La presente investigación se desarrolló dentro del ámbito del Derecho Laboral, el Derecho Administrativo y del Derecho Penal. Consiguientemente, utilizaremos las categorías e instrumentos conceptuales de estas disciplinas jurídicas.

2.2.1. LA CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL PERÚ¹⁰

La carrera administrativa en el Perú es un conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes de los servidores públicos que, con carácter estable, prestan servicios de naturaleza permanente en la administración pública. Su objetivo es la incorporación de personal idóneo, garantizando su permanencia y desarrollo, sobre la base de méritos y calificaciones en el desempeño de sus funciones y dentro de una estructura uniforme de grupos ocupacionales y de niveles¹¹.

La carrera administrativa está regulada por el Decreto Legislativo N° 276, la Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público y su reglamento. El régimen laboral público administrativo establecido en esa Ley se caracteriza por ser un sistema cerrado, en el cual el ingreso a la carrera se realiza por el nivel más bajo del grupo ocupacional y la promoción de los servidores públicos en los diferentes niveles depende del cumplimiento de requisitos previamente determinados, que incluyen antigüedad en el puesto, capacitación y evaluación.

¹⁰ El Servicio Civil. Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma. Mayo 2012. Autoridad Nacional de Servicio civil.

¹¹ Decreto Leg. 276

La carrera cuenta con tres grupos ocupacionales con distintos niveles cada uno, en donde la homogeneidad remuneratoria está establecida mediante un sistema único de remuneraciones. La remuneración está constituida por un salario básico, además de bonificaciones y beneficios. La carrera administrativa es permanente y se basa en los principios de:

- a) Igualdad de oportunidades:** Las posibilidades de desarrollo y las condiciones son diseñadas de forma general e impersonal.
- b) Estabilidad:** El cese procede únicamente por causales expresadas en la Ley.
- c) Garantía del nivel adquirido:** Reconocimiento formal del nivel alcanzado por un servidor.
- d) Retribución justa y equitativa:** Regulada por un sistema único homologado que reconoce la compensación adecuada bajo principios de equidad y justicia, según el nivel de carrera en que se encuentra el servidor.

La Ley reconoce como “servidor público”¹² a todo ciudadano que presta servicios en entidades de la administración pública con nombramiento o contrato de trabajo, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución en periodos regulares. Del mismo modo, la Ley estipula que solo hace carrera administrativa el servidor público nombrado que presta servicios de naturaleza permanente, quien a su vez tiene derecho de estabilidad laboral indeterminada. La norma excluye de la carrera administrativa a las Fuerzas Armadas, Fuerzas Policiales y los trabajadores

¹² De acuerdo con el artículo 3 del DS 005-90-PCM

de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, así como a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza¹³.

La carrera administrativa solamente es compatible con el ejercicio de la docencia universitaria, que puede ser ejercida por un máximo de seis horas semanales¹⁴.

2.2.1.1.- ORGANIZACIÓN DE LA CARRERA (D.L.276)

Los grupos ocupacionales y los niveles son los elementos básicos que ordenan el desarrollo de la carrera administrativa, cuya estructura se encuentra regulada en el Título I de la Ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público. Los cargos no forman parte de la carrera administrativa, por lo que no existen los cargos de carrera.

A) GRUPOS OCUPACIONALES

Son categorías que permiten organizar a los servidores públicos en razón de su formación, capacitación y/o experiencia reconocida⁸⁹. Los grupos ocupacionales de la carrera son tres y se accede a ellos a través de una postulación expresa.

Grupo profesional: Abarca del nivel 7 al 14 y está constituido por servidores con título profesional o grado académico reconocido por la Ley Universitaria o títulos otorgados por Institutos Superiores Tecnológicos.

¹³ Artículo 2 del DLeg 276 y el artículo 4 del DS 005-90-PCM
¹⁴ Artículo 24 inciso h) del DLeg 276.

Grupo técnico: abarca del nivel 3 al 12 y concentra a los servidores con formación superior o universitaria incompleta, capacitación tecnológica o experiencia técnica reconocida.

Grupo auxiliar: Abarca del nivel 1 al 7 y agrupa a los servidores que tienen instrucción secundaria y acreditan experiencia o calificación para realizar labores de apoyo.

Actualmente, de acuerdo con el Módulo de gestión de recursos humanos del MEF, la carrera administrativa está compuesta, principalmente, por técnicos y auxiliares, quienes conforman el 72% del total de servidores del régimen laboral público a nivel de gobierno nacional.

B) NIVELES DE CARRERA

Son los escalones que se establecen dentro de cada grupo ocupacional a través de los cuales el servidor efectúa su progresión en la carrera administrativa.

Cada nivel de escalafón supone un conjunto de requisitos y condiciones mínimas mensurables que debe reunir el servidor para ser comprendido en el nivel dentro de la estructura organizacional de cada entidad pública. La carrera comprende 14 niveles en total, siendo el nivel 1 el más bajo y el 14 el más alto. Los directivos y los funcionarios no están comprendidos en la carrera administrativa, pero sí en las disposiciones de la Ley de bases de la carrera administrativa en lo que les sea aplicable.

El directivo público es identificado como funcionario y se define¹⁵ como el ciudadano que es elegido o designado por la autoridad competente para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía. Por tanto, los puestos de los funcionarios corresponden a puestos de mando que, al estar excluidos de la carrera administrativa, son de libre designación y remoción. Los directivos públicos no gozan del derecho a la estabilidad laboral y están organizados en 8 niveles, siendo el nivel máximo la Presidencia de la República. En estos casos, la remuneración se fija por cargos específicos, escalonados en los 8 niveles.

Por otro lado, la Ley Marco del empleo público clasifica a los servidores como:

(i) Funcionario público, quien desarrolla funciones de preeminencia política, desarrolla políticas de Estado y/o dirige organismos o entidades públicas;

(ii) Empleado de confianza, cargo de confianza técnico o político, distinto al de funcionario público y

(iii) Servidor público. Se clasifica en:

a. Directivo Superior: desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de personal, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno;

b. Ejecutivo: desarrolla funciones administrativas;

¹⁵ Reglamento de la Ley de bases de la carrera administrativa, DS 005-90-PCM

c. Especialista: desempeña labores de ejecución de servicios públicos y no ejerce función administrativa;

d. Apoyo: desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento.

2.2.1.1.1.- LOS PROCESOS DE GESTIÓN DE SERVIDORES

La gestión de servidores bajo el régimen laboral público administrativo tiene ocho procesos identificados, los cuales son:

A. SELECCIÓN

El ingreso a la carrera administrativa se realiza obligatoriamente mediante un concurso público de méritos. En el caso de los servidores nombrados, su incorporación a la carrera se efectúa por el nivel inicial del grupo ocupacional al cual se postula. Este requisito busca proteger los principios de meritocracia e igualdad de oportunidades en el acceso a la carrera.

La Ley de bases de la carrera administrativa regula también a los servidores contratados, quienes no están comprendidos dentro de la carrera administrativa. La contratación de estos servidores no obedece a un concurso público, con excepción de los casos en que la contratación se realice para el cumplimiento de labores de naturaleza permanente. Sin embargo, en 2005, con la promulgación de la Ley Marco del empleo público, se establece que el acceso al servicio civil se realice mediante concurso público sin excepción.

Desde 1993 a la fecha, las leyes de presupuesto han incluido normas de austeridad fiscal, las cuales prohíben el ingreso de nuevo personal a la carrera administrativa (con la única excepción de reemplazar plazas

presupuestadas que estuviesen vacantes), así como el aumento de sueldos, bonificaciones y otros beneficios y el pago de horas extras.

B. CAPACITACIÓN¹⁶

En la carrera administrativa, la capacitación constituye un deber y un requisito previo para acceder a los mecanismos de promoción contemplados en la Ley de bases de la carrera administrativa. Asimismo, constituye un derecho de los servidores públicos, pues cada entidad debe establecer programas de capacitación adecuados para cada nivel de carrera, con la finalidad de mejorar el servicio público e impulsar la promoción del servidor público.

Los programas de capacitación deben contener las políticas institucionales de capacitación, las acciones de capacitación, los recursos financieros asignados y los mecanismos de control que salvaguarden la ejecución del programa de capacitación. La capacitación para la carrera administrativa se financia por medio de los siguientes recursos:

- (i) El 0.5% del total de la planilla mensual de remuneraciones,
- (ii) ingresos propios captados por la entidad por servicios académicos prestados o venta de publicaciones,
- (iii) porcentaje de sus recursos destinados para capacitación por el CAFAE y
- (iv) otros ingresos provenientes de donaciones o convenios.

¹⁶ Esta sección se desarrolla de acuerdo con las normas de capacitación contenidas en el DLeg 276 y su reglamento, sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el DLeg 1025 y su reglamento, el DS 009-2010-PCM, que son de naturaleza transversal y de aplicación al servicio civil, con independencia de su régimen de contratación.

La Gerencia de Administración de cada entidad tiene la responsabilidad de definir las agendas de capacitación e identificar a sus beneficiarios.

C. PROMOCIÓN

La norma que regula el ascenso dentro de la carrera administrativa prohíbe la promoción automática y establece la realización de hasta dos concursos anuales de mérito para ascenso. Para ello, se debe establecer cuotas anuales de ascensos por cada nivel y grupo ocupacional, tomando en consideración las plazas vacantes existentes en cada nivel, el número de servidores y la disponibilidad presupuestaria de cada entidad.

Existen dos tipos de ascenso estipulados en la carrera administrativa:

i. Cambio de grupo ocupacional

Este tipo de ascenso está reservado, exclusivamente, para los servidores que alcanzan el mayor nivel dentro del grupo ocupacional al que pertenecen. Se respeta el principio del nivel alcanzado y la especialidad adquirida y procede a petición expresa del servidor público mediante un concurso de méritos.

ii. Promoción vertical dentro del mismo grupo ocupacional

Consiste en el ascenso al nivel inmediato superior dentro del mismo grupo ocupacional. Este tipo de promoción toma en consideración los siguientes aspectos:

- La formación general y el nivel de capacitación requerida para el siguiente nivel: estudios de formación general y de capacitación específica por un mínimo de 51 horas por cada año de permanencia

en un nivel de carrera. Cuando el Estado no puede garantizar la capacitación, se debe acreditar experiencia reconocida.

- Tiempo mínimo de permanencia (o antigüedad) en el nivel de acuerdo con el grupo ocupacional al que pertenece el servidor.

Cumplidos los dos requisitos antes mencionados, los servidores aptos quedan habilitados para intervenir en un proceso de ascenso que valora:

- Estudios de formación general: certificados, diplomas o títulos expedidos de acuerdo a Ley,
- Méritos individuales: acciones que trascienden positivamente a las funciones de competencia de cada servidor, así como la obtención de mayores calificaciones a las exigidas en su respectivo nivel de carrera,
- Desempeño laboral: foja de servicios satisfactoria que acredite la capacidad, solvencia moral y contracción al trabajo.

Como se mencionó anteriormente, la progresión al interior de la carrera administrativa se rige por criterios de capacidad y antigüedad, siendo este último el factor determinante en caso que dos o más servidores públicos obtengan el mismo puntaje final en el concurso de ascenso. De esta manera, la preferencia corresponderá al servidor con mayor tiempo de permanencia en el nivel, en el grupo ocupacional o tiempo de servicios al Estado¹⁷.

¹⁷ Artículo 55 del DS 005-90-PCM.

La carrera administrativa no tiene un sistema de promociones que aliente al servidor público a aumentar su productividad. Las promociones se dan solo cuando se abren plazas y se realiza una convocatoria interna. En este caso, se realiza un concurso que puede terminar, en algunos casos, en la promoción de un trabajador que pasa a cubrir esta plaza. Adicionalmente, las promociones y ascensos significan aumentos salariales poco importantes¹⁸.

D. EVALUACIÓN

La evaluación de desempeño laboral es un proceso obligatorio que se debe realizar en forma permanente y se califica en forma periódica de acuerdo con los criterios y puntajes que se establezcan. La evaluación está a cargo del jefe inmediato de cada servidor público. Ni la Ley de bases de la carrera administrativa ni su reglamento desarrollan los criterios y los puntajes que deben ser considerados en las evaluaciones de desempeño. Recién en el año 2008, se aprueba las normas de capacitación y rendimiento para el sector público que cubren este vacío.

La Ley de bases de la carrera administrativa establece que la evaluación es uno de los elementos a tomar en cuenta en el proceso de promoción, sin embargo, en lo que se refiere a los cargos políticos o de confianza, esa Ley no prevé una evaluación de desempeño laboral. En este caso, el ingreso y remoción es de libre discrecionalidad de la autoridad responsable y, por tanto, la separación no requiere justificación causal alguna. La ausencia de criterios uniformes para los procesos de evaluación de desempeño y la débil cultura de evaluación en la administración pública convirtieron a estos procesos en requisitos

¹⁸ GRADE (2010).

formales que no logran reflejar el rendimiento real de los servidores públicos¹⁹.

Los vacíos legales respecto de las evaluaciones de desempeño conjuntamente a la vinculación de las mismas con el despido han dado lugar a que las evaluaciones no sean valoradas como mecanismos para mejorar las competencias de los servidores públicos ni para que contribuyan con criterios objetivos para el ascenso de dichos servidores.

E. DESPLAZAMIENTO

El reglamento de la Ley de bases de la carrera administrativa establece distintos mecanismos de desplazamiento de los servidores públicos para desempeñar diferentes funciones dentro y fuera de su entidad. Para ello, se debe considerar como criterios la formación, capacitación y experiencia del servidor, según su grupo y nivel de carrera de origen.

E.1.- FORMAS DE DESPLAZAMIENTO EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

(i) Designación: Desempeño de un cargo de responsabilidad directiva o de confianza de manera temporal por decisión de la autoridad competente en la misma u otra entidad. Terminada la designación, el servidor reasume las funciones compatibles a su nivel y grupo ocupacional en la entidad de origen.

(ii) Rotación: Reubicación dentro de una misma entidad, con asignación de funciones según su nivel de carrera y grupo ocupacional alcanzado por el servidor.

¹⁹ Iacoviello, M. & Zuvanic, L., 2006. Síntesis del Diagnóstico. Caso Perú. En K. Echebarría, ed. *Informe Sobre la Situación del Servicio Civil en América Latina*. Washington, DC: BID.

(iii) Reasignación: Desplazamiento de un servidor de una entidad a otra, con aceptación previa de la entidad de origen.

(iv) Destaque: Desplazamiento temporal hacia otra entidad, solicitado y debidamente sustentado por la entidad de destino para desempeñar funciones dentro de su campo de competencia funcional. En estos casos, el destaque no será menor de treinta (30) días, no podrá superar el período presupuestal y seguirá percibiendo sus remuneraciones de la entidad de origen.

(v) Permuta: Desplazamiento simultáneo de dos servidores por acuerdo mutuo, pertenecientes a un mismo grupo y nivel ocupacional y procedentes de entidades distintas.

(vi) Encargo: Asignación temporal del servidor a un cargo de su especialidad de igual o mayor jerarquía a la alcanzada. No puede exceder el período presupuestal.

(vii) Comisión de servicios: Desplazamiento temporal fuera de la sede habitual de servicios para realizar funciones relacionadas con los objetivos institucionales. No puede superar los treinta días calendario en cada oportunidad.

(viii) Transferencia: Reubicación del servidor en una entidad diferente a la de origen, preservando su nivel y grupo ocupacional, con carácter permanente y solo por causales expresas, tales como fusión, desactivación, extinción y reorganización institucional.

Los servidores trasladados de una entidad a otra conservan el nivel de carrera alcanzado y, si se trasladan a una localidad fuera de su residencia

habitual, tienen derecho al pago previo de los gastos de traslado e instalación en el lugar de destino. El traslado se da previo consentimiento del servidor público.

F. SANCIONES

El régimen disciplinario se encuentra regulado en la Ley de bases de la carrera administrativa, la cual establece que las sanciones por faltas disciplinarias se determinan según su gravedad y son evaluadas caso por caso.

Las sanciones por faltas disciplinarias pueden ser de cuatro tipos:

Amonestación verbal o escrita;

Suspensión sin goce de remuneraciones hasta por treinta días;

Cese temporal sin goce de remuneraciones por un periodo de treinta días hasta doce meses, la cual se aplica previo proceso administrativo disciplinario y

Destitución, la cual se aplica previo proceso administrativo disciplinario.

La gravedad y sanción de un caso concreto se determina a través de la evaluación de las siguientes condiciones:

Circunstancia en la que se comete;

La forma de comisión;

Concurrencia de varias faltas;

Participación de uno o más servidores en la comisión de la falta y

Efectos que produce la falta.

Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público.

F.1.- Tipos de Responsabilidad

Contemplados en la Carrera Administrativa

Responsabilidad administrativa: Aquella en la que se incurre por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen.

Responsabilidad civil: Aquella en la que se incurre por su acción u omisión y que hayan ocasionado un daño económico a su entidad o al Estado. Dicho daño debe ser causado incumpliendo sus funciones.

Responsabilidad penal: Aquella en la que se incurre en el ejercicio de sus funciones, efectuando un acto u omisión tipificado como delito o falta en el Código Penal vigente.

El proceso administrativo disciplinario se lleva a cabo cuando la gravedad de la falta es causal de cese temporal o destitución y debe iniciarse en un plazo no mayor a un año a partir del momento en que la autoridad toma conocimiento de la falta disciplinaria.

Durante el tiempo que dure el proceso disciplinario, el servidor puede ser separado de su función y puesto a disposición de la Oficina de Recursos Humanos para que se le asignen trabajos de acuerdo con su nivel de carrera y especialidad, conservando su remuneración.

G. REMUNERACIONES E INCENTIVOS

De acuerdo con la Ley de bases de la carrera administrativa, para efectos de la carrera administrativa y el sistema único de remuneraciones, la administración pública constituye una sola institución, sin perjuicio del nivel de gobierno al que pertenezca un servidor en particular o a la estructura organizacional de cada entidad. Esto supone que los niveles de carrera y los conceptos remunerativos son los mismos para toda la carrera administrativa y que el nivel remunerativo alcanzado se preserva, incluso, cuando se produce movilidad horizontal entre entidades.

Esa misma norma establece que el sistema único de remuneraciones de la carrera administrativa se rige por los siguientes principios:

Universalidad;

Base técnica;

Relación directa con la carrera administrativa y

Adecuada compensación económica.

H. DESVINCULACIÓN

La Ley de bases de la carrera administrativa reconoce el derecho a la estabilidad laboral de los servidores de carrera, motivo por el cual ningún servidor puede ser cesado ni destituido por causas ajenas a las previstas en la Ley y sin previo proceso administrativo disciplinario. La única excepción al procedimiento administrativo es la condena penal privativa de libertad por delito doloso, en cuyo caso la destitución se realiza en forma automática.

De acuerdo con las normas legales, la carrera administrativa concluye exclusivamente por motivos de fallecimiento, renuncia, cese definitivo y

destitución. Por otro lado, las faltas o causales de carácter disciplinario que pueden ser sancionadas con cese temporal o destitución.

Por otro lado, las causales justificadas para el cese definitivo según la Ley de bases de la carrera administrativa son:

Superar el límite de edad de setenta años;

Pérdida de la nacionalidad;

Incapacidad permanente física o mental;

Ineficiencia o ineptitud comprobada para el desempeño del cargo;

La supresión de plazas originada en el proceso de modernización institucional aplicado en los gobiernos regionales y gobiernos locales, con arreglo a la legislación de la materia; y

Negativa injustificada de servidor a ser transferido a otra plaza fuera de su residencia.

2.2.1.2.- EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA (D.L.728)

El régimen laboral de la actividad privada se rige por la Ley de fomento del empleo (D. Leg 728 promulgado el 8 de noviembre de 1991), la cual fue creada con la finalidad de permitir a los empresarios hacer frente a la crisis económica por la que atravesaba el país. Para ello, se relativizó la estabilidad laboral absoluta, se otorgó la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental y contratos para obra o servicios y se amplió las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo la posibilidad de ceses colectivos.

Este decreto legislativo se dio en un contexto de reforma del Estado centrada en la creación de entidades que funcionen como enclaves de excelencia ligadas a las reformas económicas. De esta manera, se permitió a las entidades públicas responsables del régimen monetario, del control de la inflación y del déficit fiscal, así como de la regulación general de los mercados (inversión, competencia y propiedad intelectual) aplicar el régimen laboral de la actividad privada, creándose, así, las denominadas islas de eficiencia.

2.2.2.2.1.- ORGANIZACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

Las entidades bajo este nuevo régimen laboral establecieron escalas remunerativas distintas al sistema único de remuneraciones e incorporaron personal altamente capacitado en posiciones de responsabilidad, siendo exonerados del requisito de ascender peldaño a peldaño en la estructura de niveles. Así, este régimen laboral permite gestionar de manera flexible los recursos humanos, tanto en la contratación, en la determinación de las remuneraciones, en la asignación de tareas, en la evaluación de su desempeño, como en la aplicación de sanciones ante el incumplimiento. En esta lógica, cada entidad aprueba su propio reglamento interno, sus propios grupos ocupacionales y sus propios niveles al interior de cada grupo.

Debido a que esa norma está orientada a regular el empleo en la actividad privada, su aplicación en las entidades del sector público supuso la aplicación de normas supletorias, como, por ejemplo, la LMEP. Entre otras cosas, la LMEP establece los derechos y deberes generales de los servidores públicos bajo el régimen laboral de la actividad privada, una

nueva clasificación del personal y las reglas generales de acceso al servicio civil.

Actualmente, la mayoría de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada pertenecen al grupo ocupacional de profesional (43%), seguido por los técnicos (29%) y auxiliares (8%) y un limitado porcentaje de funcionarios (3%). Cabe anotar que en el régimen de la actividad privada se encuentran la mayoría de obreros, por cuanto ellos representan el 16%.

2.2.2.2.- LOS PROCESOS DE GESTIÓN DE SERVIDORES

La gestión de servidores bajo el régimen laboral de la actividad privada tiene seis procesos identificados,

A. SELECCIÓN

La selección y contratación de personal bajo el régimen laboral de la actividad privada se rige por la LMEP. Como lo establece esta Ley, el ingreso a las entidades regidas por la Ley de fomento del empleo se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base del mérito y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.

Para realizar la convocatoria del proceso de selección, se requiere:

Una plaza vacante y presupuestada, la cual debe difundirse en medios de comunicación de alcance nacional y en el portal web de la entidad;

Identificación del puesto vacante;

Descripción de las competencias y los méritos, definidos por la entidad en el MOF;

Criterios de puntuación y

Determinación de la remuneración.

Una vez concluido el proceso de selección, se procede a contratar a la persona bajo las condiciones del régimen laboral de la actividad privada, estableciendo un contrato por tiempo indeterminado. El período de prueba para los servidores públicos es de tres meses, el cual puede ser prorrogable. En el caso del personal de confianza, el periodo de prueba se extiende a seis meses y, en el caso de los directivos, a un año. Luego de culminar el período de prueba de forma satisfactoria, se adquiere el derecho a la protección contra el despido arbitrario. El ingresante tiene derecho a una inducción inicial, que lo oriente sobre la política institucional e indique sus derechos, obligaciones y funciones.

Las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada también se encuentran bajo los alcances de la Ley 27803 que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones encargadas de revisar los ceses colectivos¹³⁵, por lo que las plazas generadas durante los años 2002 y 2010 debían ser primero destinadas para reponer a ex servidores públicos. En tal sentido, las entidades reguladas por la Ley de fomento del empleo celebraron procesos de selección solo cuando gozaron de excepciones a las normas de austeridad aprobadas anualmente en las leyes de presupuesto y contaban con plazas extras a las reportadas para la reposición de ex servidores públicos.

B. CAPACITACIÓN

De acuerdo con la Ley de productividad y competitividad laboral, Texto Único Ordenado de la Ley de fomento del empleo, la capacitación es un derecho del servidor cuyo fin es mejorar su productividad y sus ingresos.

Para ello, los programas de capacitación y productividad deben ser implementados en cada entidad con la finalidad de actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del personal, desarrollar habilidades asociadas a nuevas tecnologías y preparar al servidor para ocupar vacantes o puestos de nueva creación. Sin embargo, en el caso de las entidades regidas por la Ley de fomento del empleo, igual que en el caso de las entidades sujetas al régimen laboral público administrativo, no existen documentos o evaluaciones que determinen la efectividad e impacto de las capacitaciones a la mejora del servicio público.

C. PROMOCIÓN

Debido a que el régimen laboral de la actividad privada constituye un sistema de puestos, no existen mecanismos legales para la promoción o ascensos del personal que ya está trabajando. Sin embargo, algunas entidades públicas han implementado concursos internos en los que un trabajador puede acceder a alguna plaza vacante de mayor jerarquía. Cuando existen, estos mecanismos de promoción están desarrollados en los reglamentos internos de trabajo de cada entidad.

D. EVALUACIÓN

La Ley de fomento del empleo no regula la evaluación del personal, pues habiendo sido diseñada para la actividad privada, deja a criterio del empleador las formas de evaluación que considere más convenientes. Por su parte, la Ley Marco del empleo público solo establece que la retribución del desempeño laboral se realice de acuerdo con un sistema de evaluación con equidad y justicia, que debe tener como criterios mínimos la universalidad, la base técnica y la competencia laboral.

Algunas entidades públicas bajo este régimen laboral realizan evaluaciones de desempeño y desarrollan procesos anuales que contribuyen a definir las capacitaciones que su personal requiere, así como metodologías para evaluar a los servidores en todos los niveles. En esos casos, la evaluación ha permitido medir el desempeño del trabajador, cubrir brechas y determinar las necesidades de capacitación. Sin embargo, los criterios son distintos al interior de cada entidad y la utilidad de los resultados es diversa. Casi no se ha encontrado evidencias de la separación del personal a causa de un deficiente resultado en la evaluación.

E. REMUNERACIONES E INCENTIVOS

La remuneración del servidor bajo el régimen laboral de la actividad privada está constituida por el íntegro de lo que percibe por sus servicios, sea en dinero o especie, siempre que sea de libre disposición. La periodicidad de pago es determinada por la entidad.

Adicionalmente, la norma legal contempla otros beneficios con los que cuentan los servidores del régimen de la actividad privada:

Gratificaciones por fiestas patrias y navidad (dos remuneraciones adicionales);

Escolaridad;

Compensación por tiempo de servicio (1 remuneración anual);

Vacaciones anuales (30 días);

Seguro social;

Pago de pensiones (sistema público o privado) y

Compensación por despido arbitrario.

Las escalas remunerativas de cada institución pública son negociadas individualmente con el MEF utilizando criterios no oficiales, sin embargo, suele tener relación directa con el presupuesto que tiene asignado cada entidad. Así, una vez establecida la suma que cada institución maneja anualmente, se pasa a discutir el nivel de los salarios.

Además, aunque solo las entidades regidas por el régimen laboral público administrativo reciben transferencias del Tesoro Público por CAFAE, varias instituciones reguladas por el régimen laboral de la actividad privada han organizado su propio CAFAE autofinanciado íntegramente por el propio personal.

F. DESVINCULACIÓN

La Ley de fomento del empleo establece claramente las causales de extinción del contrato de trabajo y, además, distingue entre causales relacionadas con la capacidad y las relacionadas con la conducta del trabajador

La desvinculación en el régimen laboral de la actividad privada admite la figura de la indemnización por despido arbitrario, que consiste en el despido sin expresión de causa²⁰ o por causa que no se pueda demostrar en juicio, el cual genera el derecho al pago de una indemnización, como única reparación por el daño sufrido, a diferencia de la carrera administrativa donde no se admite esta figura laboral.

²⁰ En nuestro país, el Tribunal Constitucional, mediante jurisprudencia vinculante, ha establecido que el despido incausado no genera como única reparación el pago de una indemnización, sino que es una causal de nulidad de despido por quebrantar derechos constitucionales como el debido proceso, derecho a la defensa, etc.

2.2.2.3.- EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS (CAS)

El régimen especial de contratación administrativa de servicios (CAS) está normado por el Decreto Legislativo 1057, promulgado el 27 de junio de 2008, y su reglamento, promulgado en 2008 (modificatoria promulgada en 2011²¹). Este régimen constituye una modalidad contractual laboral temporal especial, propia del Estado. Mediante Ley 29849²², se estableció la eliminación progresiva del DLeg 1057 y se otorga derechos laborales a los servidores bajo esta modalidad.

En general, todas las entidades de la administración pública pueden contratar personal bajo el régimen CAS, con excepción de las empresas del Estado y los proyectos de inversión pública. De acuerdo con su reglamento, el régimen CAS no incluye dentro de su ámbito de aplicación a los siguientes casos:

- Prestación, consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad contractual, siempre que se desarrolle de manera autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad;
- Contratos financiados por alguna entidad de cooperación internacional con cargo a sus propios recursos;
- Contratos que se realizan a través de organismos internacionales que, mediante convenio, administran recursos del Estado Peruano para fines de contratación de personal altamente calificado;
- Contratos del Fondo de Apoyo Gerencial y

²¹ DS 075-2008-PCM promulgado el 24 de noviembre de 2008 y modificado por el DS 065-2011-PCM promulgado el 26 de julio de 2011.

²² Ley 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo 1057 y otorga derechos laborales, con fecha 06 de abril de 2012.

-Contratos de modalidades formativas.

2.2.1.3.1.- ORGANIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS

La modalidad CAS fue creada en reemplazo de los servicios no personales (SNP), modalidad contractual creada en los años noventa como respuesta a las restricciones presupuestales impuestas a la contratación de nuevo personal, con el objetivo de ahorrar costos laborales y crear un mercado laboral más flexible. En este contexto, es preciso resaltar que el régimen CAS supone una contratación temporal por un periodo restringido a un año fiscal, renovable.

A partir de 2010, debido a una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional²³, CAS debe interpretarse como un régimen especial de contratación de naturaleza laboral para el sector público, el cual es compatible con el marco legal. Al afirmarse su naturaleza laboral, la Ley 29849 establece que el servidor bajo este régimen se considera dentro del ámbito 142 Exp. 00002-2010-PI/TC. de la Ley Marco del empleo público y la Ley del código de ética de la función pública, debiendo ajustarse a la misma y completar su regulación en términos de los derechos laborales que le competen.

En cuanto a la distribución según grupo ocupacional, la mayoría de servidores públicos sujetos al régimen especial CAS pertenece a los grupos ocupacionales técnicos y auxiliares (70%), seguidos de los profesionales (21%) y funcionarios (2%). Cabe anotar que no se puede especificar la categoría ocupacional de un 6% del personal CAS.

²³ Exp. 00002-2010-PI/TC

2.2.1.3.1.-LOS PROCESOS DE GESTIÓN DE SERVIDORES

La gestión de servidores bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios tiene siete procesos identificados:

A. SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN

De acuerdo con las normas legales anteriores a la Ley 29849, los únicos requisitos para una convocatoria CAS eran la existencia del requerimiento de la unidad usuaria y la disponibilidad presupuestaria determinada por la oficina de presupuesto. Para suscribir un contrato CAS, las entidades públicas debían seguir un proceso. La Ley 29849 estableció que el acceso al régimen se realiza obligatoriamente mediante concurso público. La convocatoria se realiza a través del portal institucional de la entidad convocante, en el Servicio Nacional de Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y en el Portal del Estado Peruano, entre otros.

En el caso especial en que un servidor bajo el régimen CAS sea designado a un cargo de responsabilidad directiva o de confianza por la autoridad competente mediante resolución, el designado no está sometido a las reglas de duración del contrato, procedimientos, causales de suspensión o extinción establecidos en el D. Leg 1057 y su reglamento, puesto que su vínculo se mantiene hasta el término de la designación.

La contratación mediante CAS es diversa y no ofrece estabilidad. El plazo promedio de la duración de los contratos CAS en las entidades del Poder Ejecutivo y OCA es de 3 a 6 meses, destacando los organismos reguladores, donde los contratos tienen una duración promedio de entre 9 y 12 meses. En el caso de los OCA, los contratos son mucho más reducidos, entre 1 y 3 meses.

En general, si bien existen normas legales que regulan el proceso de selección para las CAS que ha permitido un avance en la selección del personal al servicio del Estado, el proceso es aún débil y falta desarrollar los mecanismos de selección por mérito.

B. CAPACITACIÓN

A diferencia del régimen de SNP cuya capacitación no estaba regulada, el reglamento que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios permite a los servidores públicos contratados bajo este régimen CAS estar comprendidos dentro de los procesos de capacitación de las entidades. De esta manera, los servidores bajo el régimen CAS están incluidos en las capacitaciones que se llevan a cabo de manera transversal en la administración pública. Estas capacitaciones están reguladas por el decreto legislativo que regula las normas de capacitación y rendimiento en el sector público y su reglamento.

C. PROMOCIÓN

De igual manera que en el régimen de SNP, en el régimen CAS no existe la promoción o ascenso debido a que este régimen especial es un sistema de puestos (abierto).

D. EVALUACIÓN

Hasta la aprobación de la norma que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios y su reglamento, los servidores bajo el régimen CAS no se encontraban sujetos a procesos de evaluación.

Conforme a esa norma, los servidores públicos contratados bajo este régimen especial quedan comprendidos en los procesos de evaluación de desempeño que se llevan a cabo de manera transversal en la administración pública. El reglamento señala que la evaluación de las personas bajo la modalidad CAS solo puede ser utilizada para identificar necesidades de capacitación y no para justificar la separación por bajo desempeño. La inexistencia de una relación entre la evaluación de desempeño y la renovación de las CAS muestra que este tipo de contratación es muy precaria.

E. DESPLAZAMIENTO O MOVILIDAD

De acuerdo con el reglamento de la norma que regula el régimen especial CAS, los trabajadores bajo este régimen pueden estar sujetos, únicamente, a las siguientes acciones administrativas de desplazamiento de personal:

Designación temporal, como representante de la entidad contratante ante comisiones y grupos de trabajo como miembro de órganos colegiados y/o como directivo superior o empleado de confianza, observando las limitaciones en la Ley Marco del empleo público;

Rotación temporal, al interior de la entidad contratante para prestar servicios en un órgano distinto al que solicitó la contratación, hasta por un plazo máximo de noventa (90) días calendario durante la vigencia del contrato y

Comisión de servicios, para realizar temporalmente funciones fuera de la entidad contratante, la que por necesidad del servicio puede requerir el desplazamiento del trabajador fuera de su provincia de residencia o

del país, hasta por un plazo máximo de treinta (30) días calendario, en cada oportunidad.

F. DESVINCULACIÓN

El contrato de los servidores sujetos a la modalidad CAS se extingue por las siguientes causales:

Fallecimiento;

Extinción de la entidad contratante;

Renuncia (previo aviso con 30 días de anticipación);

Mutuo disenso;

Invalidez absoluta permanente sobreviniente;

Resolución arbitraria o injustificada;

Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses y

Vencimiento del plazo del contrato.

Cuando el contrato administrativo de servicios es resuelto por la entidad, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, se genera el derecho de pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres.

G. REMUNERACIONES E INCENTIVOS

Las personas contratadas bajo la modalidad CAS perciben una remuneración mensual que no puede ser menor a la remuneración mínima vital. Las remuneraciones son negociadas contrato por contrato y

no existe escalas remunerativas aprobadas en cada entidad, salvo algunas excepciones.

La remuneración puede verse reducida temporalmente por el incumplimiento de las horas de servicio (máximo 48 horas semanales), pero no se incrementa por el sobretiempo realizado. Cuentan con aguinaldo por Fiestas Patrias y Navidad, así como vacaciones remuneradas de 30 días naturales²⁴.

La remuneración mensual promedio varía en función del número de años de permanencia y por tipo de entidad. En el gobierno nacional, la tendencia es que a mayor cantidad de años, mayor remuneración. Esta tendencia no se ve reflejada en el caso de los ministerios.

Al analizar las remuneraciones promedio por tipo de entidad a nivel del gobierno nacional, se observa que el ingreso promedio que perciben los servidores públicos sujetos al régimen CAS no varía significativamente. Por ejemplo, mientras que la remuneración promedio mensual del personal CAS en los OCA equivalente a 6,630 nuevos soles, la remuneración promedio mensual más alta se encuentra en los Organismos Reguladores con 8,300 nuevos soles. Los rangos de dispersión de los ingresos promedio de los servidores públicos son mucho mayores en los regímenes laborales público administrativo y de la actividad privada.

Los beneficios adicionales otorgados por la norma que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios y su reglamento son:

Vacaciones por 30 días calendario;

²⁴ Ley 29849

Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD;

Afiliación a un régimen pensionario, opcional para aquellos que ya venían prestando servicios al Estado;

Licencias con goce de haber por maternidad, paternidad, entre otras.

Derechos a que haga referencia la Ley 29783, Ley de seguridad y salud en el trabajo;

Derechos colectivos de sindicalización y huelga.

2.2.1.4.- LAS CARRERAS ESPECIALES

En esta sección, se presenta, las cinco carreras especiales del servicio civil peruano bajo la autoridad de SERVIR:

- (i) La carrera de los profesionales de la salud,
- (ii) La carrera de los técnicos y auxiliares asistenciales de la salud,
- (iii) La carrera del profesorado y carrera magisterial y
- (iv) La carrera de docentes universitarios.

Cabe anotar que los aspectos que no se tomen en cuenta en la legislación de cada carrera se aplican según lo dispuesto en la Ley de bases de la carrera administrativa.

2.2.1.5.- LOS SERVICIOS NO PERSONALES (SNP)

Los contratos por Servicios No Personales (SNP), carecen de una regulación normativa, rigiéndose por tanto, sólo por lo establecido en el Código Civil. A estos contratos se les llama innominados, no tanto porque no tengan denominación en la ley, sino porque carecen de una disciplina legislativa

especial”, denominándoseles también atípicos, porque se separan de las figuras de los contratos nominados, que están dotados de una causa típica.

Por su parte **MOSSET ITURRASPE**, señala que “La designación o no por la ley es en sí intrascendente; ella no agrega ni quita nada. Tanto da que un contrato atípico esté designado por la ley que no lo esté. Mantiene su categoría de atípico”²⁵.

Siendo esto así, el Código Civil peruano, 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.”. Por su parte, al establecer el régimen legal de los contratos, señala el Artículo 1353°, lo siguiente: *“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 (Artículo 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 cláusulas 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 Artículo 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

²⁵ **MOSSET ITURRASPE, Jorge:**“Los contratos atípicos” - LL - Sección Doctrina - 1989. p. 995.

Artículo 1756, establece las siguientes modalidades de la prestación de servicios;

- a. La locación de servicios.
- b. El contrato de obra.
- c. El mandato.
- d. El depósito.
- e. El secuestro.

En cuanto a la locación de servicios, es de apreciar que dicha figura contractual pertenece a la figura de Servicios No Personales. Sin embargo, a tenor del Artículo 1757°, dichos contratos serían también contratos innominados de prestación de servicios, tal y como es definida por el Artículo 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”*.

Entendiendo así, que 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 sólo puede invocarse por el locador.”*²⁶

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.

A.- PROCESOS DE INCORPORACIÓN

Desde el punto de vista legal, el proceso de incorporación de Servicios No Personales tiene una ampulosa base, lo cual torna realmente complejo tal proceso.

Así, tenemos que la base legal está constituida por las siguientes normas:

1. La Ley Orgánica o Ley de creación de la entidad.
2. Código Civil Vigente aprobado por Decreto Legislativo N° 295.
3. Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, "Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado".
4. Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, "Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado".
5. Decreto Supremo N° 079-2001-PCM, "Modifican el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado".

²⁶

Romero Quispe, Jacobo. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, UNMSM. Los Contratos por servicios no personales en la administración pública como condicionantes de la estabilidad laboral ficta. Pag. 80.

6. Decreto Supremo N° 054-99-EF, "Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta".
7. Decreto Ley N° 22867, "Desconcentración de Atribuciones de los Sistemas de Personal, Abastecimiento y Racionalización".
8. Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.
9. Ley N° 26771, Ley que establece prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el Sector Público en caso de parentesco, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2000-PCM.
10. Manual de Organización y Funciones de la entidad.
11. Normas Técnicas de Control N° 400-07, NTC N° 700-03 y NTC N° 700-04, aprobadas por Resolución de Contraloría N° 072-89-CG y N° 123-2000CG.
12. Ley de Gestión Presupuestaria del Sector Público.
13. Ley Marco de la Administración Financiera del Estado
14. Ley de Presupuesto del Sector Publico para el Año Fiscal y normas complementarias.
15. Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General.
16. Directiva para la aprobación, ejecución y control del Proceso Presupuestario del Gobierno Nacional para el Año Fiscal.
17. Ley N° 28716 -ley de Control Interno de las Entidades del Estado.
18. Resolución de Contraloría N° 320-2006-CG, Normas de Control interno.

A estos dispositivos, deben añadirse el Decreto Legislativo N° 1057 que, a partir del 28 de junio de 2008 regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios y su reglamento el Decreto Supremo N° 075-200-PCM, dado el 25 de noviembre de 2008. Sin embargo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del reglamento, establece como regla temporal que *“Los procedimientos para cubrir servicios no personales o de cualquier otra modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos que se iniciaron antes o después de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057 y antes de la entrada del presente reglamento bajo las regulaciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado u otro procedimiento de contratación, continúan rigiéndose por las mismas reglas hasta la etapa de otorgamiento de la buena pro.”*

Asimismo, señala que *“Los contratos por servicios no personales vigentes al 29 de junio de 2008, continúan su ejecución hasta su vencimiento...En caso de renovación o prórroga, se sustituyen por un contrato administrativo de servicios...”* Esto quiere decir que, a pesar que se crea un nuevo régimen, continúan vigentes los contratos por servicios no personales, sin que ello suponga que el reglamento del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, los esté regulando.

En cuanto a la regulación normativa de las entidades públicas, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), por ejemplo, establece los siguientes criterios para la contratación por locación de servicios no personales:

1. Establece que 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.

2. Se les aplica la deducción por Rentas de Quinta categoría. El contratado queda sujeto únicamente a la retención por concepto de Impuesto a la Renta, quedando por cuenta del solicitante el pago del Impuesto Extraordinario de Solidaridad.

3. Todos los contratos para la Contratación de Servicios No Personales o Locación de Servicios serán autorizados por la Oficina General de Administración.

4. Procedimiento:

a. Los Directores y Funcionarios responsables deberán solicitar al Director General de la Oficina General de Administración la contratación de Servicios No Personales al menos con quince días de anticipación a la vigencia de los servicios requeridos.

b. El Oficio dirigido al Director General de la Oficina de Administración, sólo podrá estar suscrito por los Vice-Ministros, Secretario General y funcionarios con rango de Director General para las demás Oficinas y Direcciones de la Unidad Ejecutora de la Administración Central.

c. La solicitud deberá estar acompañada de la siguiente documentación:

i. Términos de Referencia por cada requerimiento de Servicios No Personales, en el cual deberán precisar el servicio requerido o las características del servicio, el tiempo de duración y el valor referencial del mismo.

ii. Conformidad presupuestal

d. El Director General de la Oficina General de Administración enviará la documentación al Director de OASA- para el respectivo proceso.

e. Luego de realizado el proceso de selección respectivo, el expediente Generado deberá contar con los siguientes documentos:

i. Curriculum Vitae del candidato, el cual deberá entregarse documentado la primera vez que postule.

ii. Declaración Jurada.

iii. Declaración Jurada de relación de Parentesco.

f. El Director de la Oficina General de Administración, mediante Resolución Directoral, aprobará los contratos a ser suscritos por el Director de OASA, en representación del MTPE. El Contratado por Servicios No Personales deberá comunicar su resolución por escrito, con la aprobación de su Jefe, a la Oficina General de Administración.

g. Para el pago por Locación de Servicios, los funcionarios responsables enviarán su requerimiento de pago a la Oficina General de Administración para iniciar el respectivo trámite de pago, a mas tardar el día 20 de cada mes para lo cual deberán adjuntar la siguiente documentación:

i. Informe mensual del servicio prestado por cada contrato, debidamente visado por el Director de la Oficina responsable del requerimiento.

ii. Recibo por Honorario Profesional.

h. La Oficina Financiera será la responsable de emitir las Constancias de Retenciones de Pago para el personal contratado. Estas constancias serán entregadas al final del ejercicio del año fiscal o a la finalización

del respectivo contrato. Para el caso de Servicios No Personales, el pago se procederá a efectuar a través de la partida 27 del presupuesto de "Servicios No Personales", siguiendo el mismo procedimiento que el de las locaciones de servicio, *“exceptuándolos de la presentación del Recibo por Honorario Profesional.”*

Esta regulación demuestra que las entidades públicas, amparadas legalmente, pueden incorporar nuevos servidores bajo la modalidad de Servicios No Personales, cuya permanencia y naturaleza de las funciones, los pone bajo el amparo y protección de la Ley N° 24041.

Lo anterior nos lleva a plantear que, al estar amparados por el Artículo 2° de la Ley N° 24041, los trabajadores contratados por la modalidad de Servicios No Personales y no poder ser despedidos sino por las causales previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, adquieren una especie de estabilidad laboral que, en este caso, es ficta, pues no está ligada a las obligaciones, deberes y derechos de los servidores permanentes.

B.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

La legislación peruana no da una definición de contrato de trabajo, limitándose en el art. 4° del D.S. N° 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley De Productividad Y Competitividad Laboral, a mencionar sus elementos esenciales: *“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”*.

El Tribunal Constitucional, en sentencia recaída en el EXP. N.º 1944-2002-AA/TC, Lambayeque, Eduardo Enrique Chinchay Puse, en sus Fundamentos 1 y 3, ha señalado lo siguiente:

1. *“Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurrentes elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo.*

3. *En el caso autos, es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada.”*

Respecto al principio de primacía de la realidad, éste se refiere a que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero. Es un principio rector de la función inspectora del Ministerio de Trabajo, contemplado en el artículo 3, inc. b) de la Ley General de Inspección.

Asimismo, el artículo 5, inc. f) de dicha norma, establece que el principio de primacía de la realidad *“...determina que se deba privilegiar los hechos vinculados sustantivamente con el trabajo sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones, dentro de los límites establecidos en el Reglamento con respecto a las presunciones relativas a la existencia de la relación laboral”*. Según el artículo 3 del D.S. 020-2001-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección: *“En aplicación del principio de primacía de la realidad, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos o actos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”* (art. 3).

En virtud de este principio, de acuerdo al Artículo 9 del Reglamento, se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de una relación de naturaleza laboral, en los casos en que:

- *“El trabajador presta servicios en cargo similar a otro trabajador registrado en planillas.*
- *Se continúa prestando servicios a pesar de haber concluido convenio de formación, prácticas o aprendizaje, o se superen los límites legales.*
- *La labor realizada por una persona se encuentra dentro de los puestos calificados como laborales por norma expresa.*
- *En la prestación de un servicio se comprueban manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo”*

Por su parte, el **Dr. JAVIER NEVES MUJICA**, indica que este principio se sustenta en los artículos 22 (Protección y fomento del empleo) y 23 (El Estado y el Trabajo) de la Constitución Política del Estado.

C.- RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS POR LA CONTRATACIÓN POR SERVICIOS NO PERSONALES

En el tratamiento de los contratos por Servicios No Personales, al no existir un régimen jurídico que regulara este tipo de relación contractual, la preocupación de las entidades se concentró casi exclusivamente en las formalidades del contrato y en la resolución de éste, sin considerar en absoluto los derechos que pudieran haberse generado. Sin embargo, el verdadero problema de la responsabilidad de los funcionarios públicos se encuentra en los despidos arbitrarios, hecho que cobró mayor gravedad cuando el Tribunal Constitucional comenzó a corregir las decisiones de las Salas Constitucionales, al amparar el derecho de los trabajadores despedidos²⁷.

Frente a las sentencias del Tribunal Constitucional, las entidades públicas optaron por sostener, casi invariablemente, que el contrato se regía por el Código Civil y que no existía vínculo laboral, postura que el máximo intérprete de la Constitución, contradijo de manera sostenida apelando al principio de primacía de la realidad o verdad material. La actitud de las entidades, en ese sentido, con la argumentación expuesta, exoneraba de plano de toda responsabilidad a los funcionarios, cuya actitud saturó el trabajo de los órganos de defensa legal de la entidad así como de las Salas Constitucionales y del Tribunal Constitucional.

El único caso en que el Tribunal Constitucional hizo una denuncia ante el Ministerio Público, fue con relación al EXP. N° 0834-2004-AA/TC, Ayacucho, Gabriel Daniel Sosa; sin embargo, dicha denuncia estuvo motivada por el delito de abuso de autoridad por parte del alcalde de la Municipalidad Distrital

²⁷ Romero Quispe, Jacobo. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, UNMSM. Los Contratos por servicios no personales en la administración pública como condicionantes de la estabilidad laboral ficta. Pag. 92 - 94

de Carapo. En resumen, ninguna entidad pública consideró como responsable a algún funcionario por el despido arbitrario de los trabajadores por la modalidad de Servicios No Personales.

Es importante señalar que la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1047, regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, siendo tajante en cuanto a su disposición *"Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos"*. Es decir, a partir de la entrada en vigencia del mencionado Decreto se prohíbe la contratación por servicios personales.

Además, esta prohibición se extiende a los contratos de Servicios No Personales ya pactados, pues deben sustituirse por contratos regulados en el Decreto Legislativo 728 o por el régimen laboral del Decreto Legislativo 276, dependiendo de la naturaleza de la Entidad de que trate y ello, en la medida que los dos regímenes laborales mencionados son regímenes laborales generales, cuya aplicación ocurre ordinariamente cuando no existe contrato laboral previo.

Esta prohibición que elimina los contratos de servicios no personales y que obliga a transformarlos en contratos laborales, sólo impone sanciones de tipo civil y administrativa a los funcionarios o servidores que contraten contra la prohibición (Artículo 07 del Decreto Legislativo N° 1057).

Esto implica que, no se establece la infracción administrativa y menos aún se tipifica la sanción. Por su parte, la responsabilidad civil consiste en indemnizar por los daños y perjuicios que su conducta puede generar al

Estado. Es decir, la responsabilidad ocurre en la eventualidad que la persona contratada bajo servicios no personales demande al Estado.

Como se ve, el Decreto Legislativo N° 1057, establece una prohibición, pero no sanciona efectivamente al que incumple la norma, generando con ello una situación de ilegalidad, motivo por el cual, conlleva a un grupo de congresistas a presentar un **PROYECTO DE LEY N° 945/2016-CR**, buscando la "**PROHIBICIÓN DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS NO PERSONALES EN PUESTOS PERMANENTES DEL ESTADO**", en el que buscaban establecer sanciones para los funcionarios que contratan servicios no personales en puestos permanentes de entidades del Estado, así como también imponer sanciones a los responsables de las Oficinas de Recursos Humanos que no hayan cumplido con sustituir los servicios no personales en contratos administrativos de servicios.

Buscando con ello, imponer el endurecimiento y la tipificación de la infracción como la propia sanción, que permitirá destituir y de igual modo inhabilitar por dos años para ejercer cualquier cargo público, considerando infractor a la ley, tal y como se observa del siguiente texto:

Art. 3.- Infracción y Sanción

3.1.- Al funcionario que autoriza la contratación bajo la modalidad de servicios no personales o cualquier otra modalidad contractual no laboral puestos permanentes.

3.2.- Al funcionario que bajo cualquier título se encuentre a cargo de la Oficina de Recursos Humanos de la Entidad o de la que haga sus veces y no realiza en el plazo establecido en la presente Ley, la sustitución de los contratos de servicios no personales al régimen

laboral privado, regulado por Decreto Legislativo N° 728, o al régimen laboral regulado por Decreto legislativo N° 276, según corresponda.

La misma responsabilidad recae sobre el titular del pliego de la Entidad.

Sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que pudieran corresponder, la infracción a considerar muy grave y se sanciona con destitución e inhabilitación en el ejercicio de cargo público por dos (02) años.

Ahora bien, independientemente del procedimiento que pueda tener el mencionado Proyecto de Ley, de resultar viable o no viable, resulta importante analizar su vinculación al sistema penal, debiendo de considerar los siguientes puntos:

(i) Su implicancia en el Derecho Penal, cuyo objeto de protección deberá estar dentro de los márgenes de los bienes jurídicos protegidos.

(ii) La subsunción a un tipo penal.

Debiendo para tal efecto de tener dos circunstancias:

La Primera: Que el trabajador haya comenzado una nueva vinculación con la Gestión Pública a laborar, el cual, por sus efectos, no tendría un carácter delictivo, ni una posible infracción, toda vez que el Estado y la Constitución ampara la Autonomía Privada de la Locación de Servicios, claro está, cuando esto no constituya su labor en un puesto permanente, lo que desnaturalizará la figura y se convertirá en un Servicio No Personal.

La Segunda: Cuando el trabajador haya tenido un vínculo laboral existente en un puesto permanente -CAS-, sin embargo, por una Política Institucional, -reducir o cambiar de personal-, existe una variación del vínculo jurídico, es de decir, de un régimen laboral a un Contrato de Servicios No Personales, sin los beneficios de un puesto permanente, claro está por una imposición de la variación, bajo la amenaza de prescindir de sus servicios. (Materia de análisis, esto teniendo en cuenta que influye en el resultado de la presente investigación).

Si el propósito del proyecto de ley fue determinar una infracción de carácter administrativo y penal, se advierte que no especifica su naturaleza delictiva, siendo necesario identificar y vincular al mismo, con los puntos antes considerados.

A) IMPLICANCIA EN EL DERECHO PENAL - BIEN JURÍDICO

Efectivamente, el Derecho Penal es un subsistema del ordenamiento jurídico que se caracteriza por el hecho de que los comportamientos que sean sancionados deban antes lesionar o poner en peligro un bien jurídico; caso contrario, resultarán fuera de su alcance.

Según Bramont “Los bienes jurídicos pueden clasificarse en bienes jurídicos referidos a las bases del sistema penal y bienes jurídicos referidos al funcionamiento del sistema penal”²⁸.

Ahora bien, siendo el Derecho Penal un subsistema dirigido a proteger las condiciones fundamentales y/o vitales de la Sociedad de un momento dado y, por lo tanto, de garantizar el funcionamiento de

²⁸ Bramont Arias, Luis A. y Luis Alberto Bramont-Arias Torres. «Código Penal Anotado». Editorial San Marcos, Lima 1998, p.25.

aquéllas, es necesario que el contenido de cada bien jurídico a proteger recaiga en la función que le presta al orden social, y no en la mera posición estática que pueda ocupar en un lugar de éste. Es decir, cuando el Derecho Penal decide proteger tal o cual bien jurídico, está cautelando su funcionalidad, y no su mera condición de serlo.

En las sociedades democráticas la lista de estos bienes jurídicos resulta ser muy extensa, así por ejemplo, tienen tal calidad la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, el honor, el trabajo, etc., y son objeto de protección a través de diversos mecanismos como son el civil y el administrativo, por sólo mencionar los más importantes, pero también pueden serlo por medio de la ley penal; entonces, se convierten en bienes jurídicos penalmente tutelados.

El primer grupo de bienes jurídicos se refiere a aquellos relacionados directamente con el individuo en cuanto es una persona que se relaciona con otra a un nivel microsocioal, aquí encontramos bienes jurídicos tales como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc. Y el segundo grupo de bienes jurídicos está referido a las relaciones macrosociales de una persona con otras. Pueden ser colectivos, institucionales y de control.

Son colectivos, los relacionados a las necesidades de carácter social y económico, tales como la libre competencia, el medio ambiente, etc.; son institucionales, los relacionados con procedimientos u organismos destinados a garantizar los bienes jurídicos personales, aquí tenemos la Administración de Justicia, la fe pública, etc.; y finalmente los de control, están relacionados a la organización del Estado, entre éstos se

encuentran la autoridad pública, la seguridad pública, la seguridad interior y exterior del Estado, etc.

En materia de Derecho penal del trabajo no existe en la doctrina un criterio unánime sobre qué bienes jurídicos laborales deben ser objeto de tutela penal. De una manera genérica, podemos decir en principio, que el bien jurídico penalmente protegido lo constituyen los derechos laborales cuya titularidad ostentan los trabajadores en tanto sujetos de relaciones jurídicas de trabajo, sean éstas individuales o colectivas.

De una manera concreta, el bien jurídico objeto de tutela penal será aquel que la ley penal, en cada caso concreto, seleccione como objeto de su protección, pues, no sería posible ni conveniente que todos los derechos derivados de la relación laboral gozaran de protección penal, sino solamente aquellos cuya lesión afecte gravemente a la sociedad.

Un indicador objetivo de los bienes jurídicos laborales a proteger que deben ser objeto de protección penal, lo constituyen los Tratados sobre Derechos Humanos, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los textos constitucionales, aunque en este último caso no debe olvidarse que no es requisito indispensable que los bienes jurídicos se encuentren consagrados en la Constitución para ser objeto de tutela penal²⁹.

En el caso peruano, el bien jurídico que se protege a través de los supuestos previstos por el artículo 168° del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N° 857 y por la Ley No. 27983, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada en el Diario Oficial “El

²⁹ Javier Arévalo Vela. LA PROTECCIÓN PENAL DEL TRABAJO. Publicado en la Página Web: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bd36808047544a28be5bff6da8fa37d8/3.+Ar%C3%A9valo+Vela.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bd36808047544a28be5bff6da8fa37d8>. Pág. 37

Peruano” el 20 de agosto de 2011, así como del Decreto Legislativo N° 1323 de fecha 06 de enero del 2017, a través del cual se ha incorporado al Código Penal el artículo 168-B, en el cual se concluye que no es solamente la libertad de trabajo, el bien jurídico protegido, sino una pluralidad de bienes jurídicos correspondientes a cada modalidad delictuosa, como son: el derecho a la libertad sindical, a la libertad de trabajo, la seguridad y salud en el trabajo, el derecho al trabajo, el derecho a la protección contra el despido arbitrario y el respeto a las decisiones de la autoridad pública competente en materia de trabajo.

Por lo que, en línea general el Bien Jurídico genérico a proteger en el caso concreto, sería los Derechos de Igualdad³⁰ y la Dignidad³¹ de los Trabajadores, esto por su implicancia en la imposición de una desigualdad de oportunidades y discriminación laboral.

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional ha tratado de manera reiterada este valor, siendo oportuno recordar la doble dimensión que este órgano ha reconocido³²:

En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta

³⁰ Por su parte, la Constitución Política del Estado ha recogido en diversos artículos el derecho de igualdad, sin embargo, para nuestro análisis nos centraremos en el artículo 2 numeral 2 y el artículo 26 numeral 1. El primero señala: *“Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”*; mientras que el segundo contempla: *“En la relación laboral se respetan los siguientes derechos: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”*.

³¹ El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: *“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”* (subrayado agregado).

³² Fundamento jurídico 4 recaída en el Exp. 0027-2006-PI/TC.

sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional: la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes”.

En dicha cuenta, queda entendida la igualdad como aquel valor que posee todo ser humano que le confiere el derecho a no ser tratado de manera diferente por razones no sustentadas en criterios objetivos y razonables, llegando a irradiar como aspecto axiológico que no puede quedar recogido en la normativa laboral, sino, como un sustento constitucional del ordenamiento jurídico en su integridad. Debido a ello, al igual que la dignidad, la igualdad es un valor que acompaña al ser humano en todas las relaciones jurídicas que este establezca y no puede quedar desligado del mismo cuando se asume la posición de trabajador, por el contrario, encuentra un especial requerimiento en dicha materia³³ al procurar la inexistencia de tratos discriminatorios e injustos, es decir, cuando la diferencia de trato no se sustenta en motivos objetivos, razonables ni proporcionales. Afectándose posiblemente ambos bienes jurídicos, al momento de presentarse la contratación de Servicios No Personales impuesta por el empleador, toda vez que se destaca la discrecionalidad en su procedimiento de contratación, siendo esto como una herramienta injusta e inequitativa porque supedita la relación laboral

³³ Tal como se nota recogido en el artículo 26 numeral 1 de la Constitución Política del Estado.

de estos trabajadores a la voluntad del empleador, a diferencia de las otras relaciones laborales de la Administración Pública en las que el término del vínculo se encuentra supeditado a la comprobación de causas objetivas y al cumplimiento de un debido procedimiento en el que además se pueda hacer uso del derecho de defensa.

En la misma línea, su procedimiento ha sido sometido al término de la relación por decisión unilateral del empleador (que en términos generales equivale a un despido arbitrario), no goza de protección legal con efectos restitutorios de su derecho, dado que no podría invocar como pretensión la reincorporación a su puesto de trabajo (como los trabajadores de los Decretos Legislativos N° 276 y 728), sino sólo el pago de una indemnización que además es sumamente recortada y casi simbólica frente a aquella que, en una situación similar, podría invocar un trabajador del régimen laboral privado que labora en la Administración Pública, con lo cual, se consuma el diseño de un escenario altamente negativo y desigual que se afronta.

B) SU VINCULACIÓN AL SISTEMA PENAL

Tal como afirma acertadamente el profesor español Miguel Bajo Fernández³⁴: "La incidencia del derecho penal en la relación laboral, encuentra hoy su fundamento en la defensa de los intereses de los trabajadores. En la sociedad liberal decimonónica, por el contrario, el trabajador cobra relevancia penal como sujeto activo del delito".

Efectivamente, en la medida en que el desarrollo del Derecho Laboral se fue orientando hacia la protección del trabajador, la lógica del tratamiento de éste último por parte del sistema penal se fue invirtiendo, proceso en el

³⁴ Manual de Derecho Penal, Parte Especial, tomo 111, pg. 150.

cual paulatinamente ha ido dejando de ser un potencial sujeto activo de hechos delictivos -y por lo tanto parte de la clientela seleccionada por el sistema- para pasar a ser sujeto receptor de la acción delictiva.

Resultado así importante analizar el Bien Jurídico a proteger, aún cuando el "*nomen iuri*"s Libertad de Trabajo podría llevarnos a sostener que éste es el bien jurídico protegido respecto del Bien Jurídico tutelado. Para algunos, se protege la libertad y seguridad del trabajador. Para otros, se protege a una pluralidad de bienes jurídicos como la libertad, integridad física, salud, estabilidad laboral, etc.

El profesor Bajo Fernández, comentando el caso español, sostiene que el bien jurídico protegido " ... se concreta en los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo".

Por su parte, Luis Arroyo Zapatero³⁵ coincide con Bajo cuando afirma que "los tipos no están orientados a proteger la libertad de la voluntad del trabajador para pactar sus condiciones de trabajo, sino a garantizar el respeto de las condiciones establecidas en la contratación laboral, dentro de los mínimos determinados por fuentes normativas de carácter general ...".

Efectivamente, en la medida en que el desarrollo del Derecho Laboral se fue orientando hacia la protección del trabajador, la lógica del tratamiento de éste último por parte del sistema penal se fue invirtiendo, proceso en el cual paulatinamente ha ido dejando de ser un potencial sujeto activo de hechos delictivos -y por lo tanto parte de la clientela seleccionada por el sistema- para pasar a ser sujeto receptor de la acción delictiva.

³⁵ Artículo Los delitos contra los trabajadores, en el libro de homenaje a Hilde Kaufmann, El poder penal del Estado, pg. 225.

Es interesante anotar que existe una antigua discusión sobre si el bien jurídico protegido es de naturaleza individual o colectiva. Un importante sector de la doctrina, sostiene que los intereses del trabajador protegidos, lo son en su calidad de integrante de una clase social o de un sector de la comunidad con una posición en el mercado de trabajo, motivo por el cual estamos frente a intereses colectivos.

Tratándose de un bien jurídico colectivo, no importa el número de trabajadores afectados, por lo que siempre se apreciará como un único delito. La correcta determinación del bien jurídico permite colegir, como afirma el propio Arroyo Zapatero, que "el carácter no disponible de los derechos laborales mínimos, incluso por quien es su titular, determina que en estas figuras, el consentimiento del trabajador sea irrelevante".

Bajo este contexto, el ilícito que se subsumiría al caso concreto, vendría a constituir los Delitos Laborales establecidos en el Código Penal de 1991 y las Leyes Especiales, [Ley N° 29783 y Decreto Legislativo N° 1323], guardando posible calificación en el delito de **TRABAJO FORZOSO**, recientemente incorporado mediante el Decreto Legislativo N° 1323 de fecha 06 de enero del 2017, en el artículo 168-B que consiste en "*someter u obligar a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, **sea retribuido o no**, y que se reprime con una pena privativa de libertad **no menor de seis ni mayor de doce años***".

Surgiendo la siguiente controversia legal: ¿Si imponer la contratación de un trabajador bajo la modalidad de Servicios No Personales, a fin de no despedirlo o perjudicarlo, puede calificar o no como el "nuevo" delito de

trabajo forzoso?, esto teniendo en cuenta que dicha contratación se haya originado a través de una imposición por parte del Empleador, en el que se reduce una serie de derecho laborales.

De otro lado, resulta indispensable precisar que el **bien jurídico protegido por el tipo penal específico es el derecho constitucional a la libertad de trabajo**³⁶, es decir a la libre determinación del individuo para decidir autónomamente si trabaja o no trabaja, así como para abandonar libremente un trabajo. Se trata de una afectación del derecho de todo ser humano a trabajar libremente con sujeción a la ley, no pudiendo la relación laboral limitar el ejercicio de derechos constitucionales del trabajo, de acuerdo a lo reconocido en la Constitución Política del Perú (artículo 2°, numeral 15, y artículo 23°, respectivamente).

No se hace referencia expresa al atentado contra la dignidad que se produce en los casos de Trabajo Forzoso, al ser la víctima instrumentalizada y utilizada como un objeto. Ello no impide que los operadores de justicia interpreten el tipo penal de acuerdo a la normativa y doctrina internacional, así como a lo establecido en la misma Constitución, en el sentido de que ninguna relación laboral puede “desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (artículo 23°). La consideración de la dignidad humana ayuda, además, a diferenciar los supuestos de trabajo forzoso de los casos de malas condiciones de trabajo³⁷.

³⁶ Cfr.: II Plan Nacional para la Lucha Contra el Trabajo Forzoso 2013-2017, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2013-TR.; QUIÑONES, Sergio (2007). La libertad de trabajo: vigencia de un derecho y principio fundamental en el Perú. Lima: Palestra, pp. 186-188.

³⁷ Análisis de los delitos de Trabajo Forzoso y de Esclavitud y otras formas de explotación. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO.

Siendo esto así, resultaría coherente sostener que la imposición de una contratación bajo la modalidad de Servicios No Personales, teniendo un vínculo laboral existente previo, podría afectar dicha libertad de trabajo, dado que la “amenaza a prescindir de sus servicios” por la cual se obligaría al trabajador a aceptar otra modalidad contractual sería -en el más grave de los casos- la corte y cese de sus servicios.

C) TRABAJO FORZOSO (ARTÍCULO 168-B)

El Trabajo Forzoso es una restricción ilícita a la capacidad de decisión del trabajador acerca de: (i) si trabaja o no; (ii) para quién trabaja; (iii) en qué condiciones trabaja.

Dicha restricción genera una grave afectación a la libertad de trabajo y a la dignidad humana. En esa medida, el Convenio núm. 29 establece en su artículo 25° que los Estados parte –entre los que se encuentra Perú- están obligados a reprimir penalmente este tipo de conductas: “El hecho de exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio será objeto de sanciones penales”. La exigencia de intervención penal responde a la naturaleza de los intereses protegidos y al daño irreparable que se ocasiona a las víctimas y a la sociedad.

En cumplimiento a dicha obligación internacional el Estado peruano ha emitido el Decreto Legislativo N° 1323 (en adelante, el D.Leg.), mediante el cual incorpora al Código Penal el artículo 168-B, en el que se tipifica el delito de Trabajo Forzoso, el que consiste en:

“Artículo 168-B.- Trabajo forzoso.-

El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años.

La pena será privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de quince años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. El agente tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o mantiene con ella un vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza en él.*
- 2. La víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, y la actividad que desarrolla está prohibida por la ley en razón a su edad.*
- 3. El agente comete el delito en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.*

La pena será privativa de libertad no menor de quince ni mayor de veinte años, en los siguientes casos:

- 1. El agente es familiar de la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*
- 2. Existe pluralidad de víctimas.*
- 3. La víctima tiene menos de catorce años de edad, es adulta mayor, tiene discapacidad, padece de enfermedad grave, pertenece a un pueblo indígena, es trabajador migrante o presenta cualquier situación de vulnerabilidad.*

4. *Se produzca lesión grave o se ponga en peligro inminente la vida o la salud de la víctima.*

5. *Se derive de una situación de trata de personas.*

Si se produce la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad es no menor de veinte ni mayor de veinticinco años.

En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 y 11.

Correspondiendo así a analizar su naturaleza del tipo penal³⁸:

a.- Bien jurídico protegido: El Decreto Legislativo ubica el delito de Trabajo Forzoso entre los delitos contra la libertad individual y, en específico, contra la libertad de trabajo. Se trata de una afectación del derecho de todo ser humano a trabajar libremente con sujeción a la ley, no pudiendo la relación laboral limitar el ejercicio de derechos constitucionales del trabajo, de acuerdo a lo reconocido en la Constitución Política del Perú (artículo 2°, numeral 15, y artículo 23°, respectivamente).

b.- Clase de delito: El delito de Trabajo Forzoso ha sido tipificado como un delito de peligro³⁹, para el que resulta suficiente acreditar la comisión de una conducta peligrosa para el bien jurídico protegido sin ser necesario acreditar un daño efectivo.

c.- Conducta típica: El tipo penal establece dos conductas típicas alternativas: someter u obligar a otra persona a realizar un trabajo o

³⁸ Este material fue elaborado por la Organización Internacional de Trabajo, con la colaboración de Armando Sánchez Málaga Carrillo.

³⁹ Para una explicación sobre los delitos de peligro y su clasificación, ver MIR PUIG, Derecho Penal Parte General, 9ª ed., Reppertor, 2011, pp. 239 y ss.

prestar un servicio en contra de su voluntad. A partir del análisis de los verbos rectores:

La primera conducta típica ostenta mayor gravedad, ya que someter implica realizar un acto de sujeción, humillar, conquistar, subyugar o subordinar el juicio o decisión de una persona.

La segunda conducta típica debe ser interpretada como menos lesiva para el bien jurídico protegido, en la medida que obligar significa básicamente compeler, mover o impulsar a hacer o cumplir algo⁴⁰.

d. Elementos del tipo objetivo: Más allá de las anotaciones previas, el tipo penal aprobado –en especial, la conducta de sometimiento- se ajusta en líneas generales a las exigencias del Convenio núm. 29 de la OIT:

1. “Existencia de cualquier clase de trabajo o servicio personal”: el D.Leg. exige la existencia de cualquier tipo de trabajo o servicio personal, sin excluir la tipicidad para supuesto alguno. En esa medida, comprende toda clase de trabajo, empleo u ocupación y, por ende, resulta irrelevante la naturaleza de la relación laboral (puede tratarse de un trabajo formal, informal, legal o ilegal), son irrelevantes las condiciones o características del trabajador (el trabajo puede ser prestado por cualquier persona, sin interesar edad, género, instrucción, nacionalidad, condición migratoria) y es irrelevante el sector en el que se presta el servicio (público o privado).

⁴⁰ Definición de acuerdo a la Real Academia Española

2. “Amenaza de una pena cualquiera”: se prevé como elemento del tipo penal la existencia de amenaza de pena o coacción a través de la inclusión de las conductas de someter u obligar. En esa línea, permite incluir como amenaza de pena a toda forma de coacción, incluyendo los casos de pérdida de derechos o de penas económicas consecuencia del no pago de la remuneración.

3. “Ausencia de consentimiento de la víctima”: se prevé como elemento del tipo penal la inexistencia de consentimiento, a través de la inclusión de las conductas de someter u obligar, así como la precisión de que el trabajo o servicio debe realizarse “en contra de la voluntad” de la víctima. En consecuencia, la tipificación penal permite incluir las dos grandes formas de ausencia de voluntariedad:

Por un lado, aquellos casos de trabajadores que establecen un contrato de trabajo sin que medie engaño o coacción, pero que luego se les impide ejercer el derecho a revocar el acuerdo, más allá de las exigencias que establece la ley.

Por otro lado, aquellos casos de trabajadores que establecen el contrato de trabajo, mediando engaño o coerción, no existiendo consentimiento desde el inicio de la relación laboral.

e. Irrelevancia de la remuneración: El Decreto Legislativo, precisa, en concordancia con la definición del Convenio núm. 29, que la existencia de remuneración es irrelevante a efectos de configurar un supuesto de Trabajo Forzoso.

f. Medios de comisión del delito: Cuando el tipo penal se refiere a “cualquier medio”, dicha mención debe ser interpretada de manera

conjunta con la expresión “contra su voluntad” a efectos de completar una interpretación teleológica del delito (una interpretación de acuerdo a los fines preventivos del mismo). Así, “cualquier medio” deberá entenderse conforme al acto de someter u obligar, esto es, cualquier medio que produzca o coadyuve al sometimiento u obligación. En ese sentido, el medio de comisión del delito deberá tener siempre un contenido que afecte la libertad de la víctima (violencia, amenaza, engaño, fraude, abuso de una situación de poder, abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, etc.). En cuanto a la expresión “contra su voluntad”, en principio podría valorarse como innecesaria, ya que el acto de sometimiento implica justamente la privación de la voluntad de la víctima; sin embargo, su inclusión no genera dificultades, sino que se trataría de una reiteración para evitar interpretaciones antojadizas del tipo penal, que se hace aún más necesaria cuando se ha incluido el verbo rector “obligar”.

g. Elementos subjetivos del delito: El delito de Trabajo Forzoso ha sido tipificado como un delito doloso⁴¹ (es decir, consciente) y no como uno culposo (imprudente). Para su aplicación, debe atribuirse al autor del delito el conocimiento del riesgo que para la libertad del trabajador crea su conducta de someter u obligarlo a realizar un trabajo o servicio en contra de su voluntad. No se trata de una simple presunción o intuición sobre el estado mental del autor; dicha atribución deberá realizarse a partir de indicadores objetivos del conocimiento, que podrían ser en este caso: la peligrosidad de la actividad a la que se

⁴¹ El artículo 12° del Código Penal precisa que “las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”. Con relación al concepto de dolo, ver RAGUES I VALLES, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, 1999; PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Hammurabi, 2011

somete al trabajador, el rol que desempeña el explotador y sus conocimientos previos, la implementación de mecanismos de privación de la libertad o de restricción de derechos básicos del trabajador, la obtención exagerada de beneficio económico, entre otros.

h. Pena: Se prevé, para el supuesto base del delito, pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años, que –por su gravedad- debiera ser de ejecución efectiva. Asimismo, en todos los casos se impondrá la pena de inhabilitación según el artículo 36 incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 10 y 11. Se trata de penas concurrentes.

2.3. DEFINICIONES CONCEPTUALES

Esta investigación se llevó a cabo dentro del ámbito del derecho administrativo, laboral y penal. Por lo que utilizaremos estos términos conceptuales:

- a) **Carrera Pública.-** 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.
- b) **Servidor Público.-** La definición de servidor público, en norma específica, la encontramos en el Artículo 3º 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 Pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares.

- c) **Contrato.-** 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."
- d) **Locación de Servicios.-** La locación de servicios, está definida por el Artículo 1764, como sigue: "Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al 81 comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución".
- e) **Primacía de la Realidad.-** Esto se refiere a que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero. Es un principio rector de la función inspectiva del Ministerio de Trabajo, contemplado en el artículo 3, inc. b) de la Ley General de Inspección.
- f) **Subordinación.-** La subordinación es el vínculo jurídico existente entre el trabajador y el empleador en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo confiriéndole el poder de conducirla.
- g) **Remuneración.-** La retribución otorgada en el Contrato de Trabajo se denomina remuneración; que es el pago que corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad.
- h) **Los Servicios No Personales (SNP).-** Son aquellos contratos que carecen de una regulación normativa, rigiéndose por tanto, sólo por lo establecido en el Código Civil, perteneciendo a la figura 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, no pueden exceder al ejercicio presupuestal.

- i) **Trabajo forzoso.-** la definición del Convenio número 29 de la OIT, presenta tres elementos objetivos exigidos por el mencionado tratado internacional: (1) existencia de cualquier clase de trabajo o servicio; (2) la amenaza de una pena cualquiera (acto de sometimiento); y (3) la ausencia de consentimiento de la víctima (acto contrario a la voluntad de la víctima, debiendo entenderse que son actos contrarios a la voluntad no solo aquellos que recurran a medios violentos, sino también los que se valgan de medios fraudulentos o de abuso de poder). Podemos sostener entonces que la conducta de someter implica realizar un acto de sujeción, humillación, conquista, subyugación, o subordinación el juicio o decisión de una persona (Diccionario de la RAE).
- j) **Derecho a la Libertad de Trabajo.-** El derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo”.
- k) **Principios Laborales.-** Son aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas.
- l) **Derecho Laboral.-** El derecho al trabajo es un derecho que tiene toda persona; no obstante, la insuficiencia de puestos laborales en nuestro país demuestra que no todos pueden acceder a ella”.

2.4. BASES EPISTEMOLÓGICAS

Esta tesis, está basada epistemológicamente en los derechos humanos, en el humanismo, que se proyecta a desarrollar en el hombre las facultades propiamente dignas y racionales.

Rosental menciona "... que el humanismo es un conjunto de ideas que expresan respeto hacia la dignidad de las personas, preocupación por el bien de los hombres, por su desarrollo multilateral, por crear condiciones de vida social favorable para el hombre...."

Los principios de derecho se constituyen y construyen como los cimientos y pilares que sostienen un edificio conformado por las normas jurídicas; en el caso de los principios jurídicos de derecho laboral vienen a ser fuente del Derecho del Trabajo que recogen valores esenciales para orientar, unificar e interpretar las leyes laborales, como señala Santos Azuela: "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"⁴².

Santos Azuela: "...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".

⁴² Citado por RUEDA FERNÁNDEZ Silvia Consuelo. La Inconstitucionalidad del Contrato Administrativo de Servicios. Cit., págs. 40 y 41

El tribunal Constitucional como sumo interprete de la Constitución ha señalado que los principios laborales son: “aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración normativas”⁴³.

Como bien señala nuestra Carta Política, el derecho al trabajo es un derecho que tiene toda persona; el mismo que se encuentra en el artículo 22º de la Constitución Política de 1993, por lo cual queda establecido que el trabajo más que un deber es un derecho que dignifica a la persona como pieza fundamental de la sociedad y sujeto de protección por parte de Estado, no obstante, la precariedad del acceso a un empleo en nuestro país demuestra que no todos pueden acceder a ella precisamente por muchas circunstancias, existiendo de por medio una limitación en los derechos de los trabajadores.

El Tribunal Constitucional ha señalado: “(...) *el derecho a la libertad de trabajo comprende de manera enunciativa: el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, la libre elección del trabajo, la libertad para aceptar o no un trabajo y la libertad para cambiar de empleo*”.

⁴³ STC Expediente N° 008-2005-PI/TC-Lima (Fundamento 20)

CAPITULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de investigación.

Nuestra referencia son los tipos de investigación que presenta Roberto Hernández Sampieri en su texto Metodología de la investigación (2006; 108) y que han sido adaptadas al campo de las Ciencias Sociales, en el desarrollo de nuestro trabajo de investigación se utilizó la Investigación de tipo Descriptiva y Explicativa, porque nos ayudó a determinar, identificar y explicar las variables, permitiendo estimar el grado de correspondencia entre los indicadores de la gestión de los recursos humanos - trabajadores SNP en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán.

3.2. Diseño y esquema de la investigación.

3.2.1 Diseño

La presente Investigación pertenece al diseño No experimental- Transeccional- Correlacional y presenta el siguiente esquema:



Donde:

M₁: Muestra de Directivos

O₁: Gestión de los recursos humanos

M₂: Muestra de los trabajadores profesionales y técnicos.

O₂: Desempeño laboral

r: relación entre variables

3.3. Población y muestra.

3.3.1 Población

Está conformada por todos los trabajadores SNP en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, los cuales suman 120 y además de los Funcionarios y Autoridades de dicha Universidad.

3.3.2 Muestra

Grupo de Trabajo:

No probabilístico: 50 personas representativas de la UNHEVAL.

Unidades de Análisis

30 trabajadores por SNP

20 directivos

3.4. Instrumentos de recolección de datos

Fichas de encuestas con un cuestionario sobre la gestión de los recursos humanos y el desempeño laboral de los trabajadores SNP en la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, los cuales suman 50 y además de los Funcionarios y Autoridades de dicha Universidad.

3.5. Técnicas de recojo, procesamiento y presentación de datos.

En primer lugar se debe precisar que para que un instrumento cumpla con su objetivo, es decir constituya el medio más eficaz para la recolección de los datos en una investigación, debe cumplir con dos requisitos

esenciales: la validez es decir que debe medir lo que se pretende medir y la confiabilidad, es decir que aplicado varias veces a una muestra los datos deben ser similares, partiendo de esta premisa los instrumentos que se utilizó en el desarrollo del presente proyecto de tesis fueron: datos estadísticos, libretas de apuntes o cuaderno de notas y fichas, así como papelotes para almacenar la información del análisis de la casuística y adicionalmente, formularios que contengan las encuestas o cuestionarios, grabadoras, computadora, fotocopiadora e Internet.

En suma, la investigación académica que desarrollé recolecta la información de base para el trabajo de análisis crítico, riguroso y su contrastación con la realidad nacional, de las siguientes fuentes:

- a) Bibliografía jurídica especializada en materia Constitucional, Teoría de Derechos Humanos, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Penal.
- b) Encuestas a la población de la UNHEVAL sujeta al régimen de Servicio No Personales.
- c) Encuestas a las autoridades, jefes de oficina y dirigentes sindicales de la UNHEVAL.

Así tenemos que, para el desarrollo del presente trabajo en su diseño experimental, haremos estudios de casos, estudios evolutivos del SNP, estudios de correlación, estudios documentales.

Para el procesamiento de la data se hará uso de la Estadística Descriptiva, para analizar e interpretar los datos de manera frecuencial y porcentual, así mismo se utilizó el Programa Estadístico SPSS versión 21.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

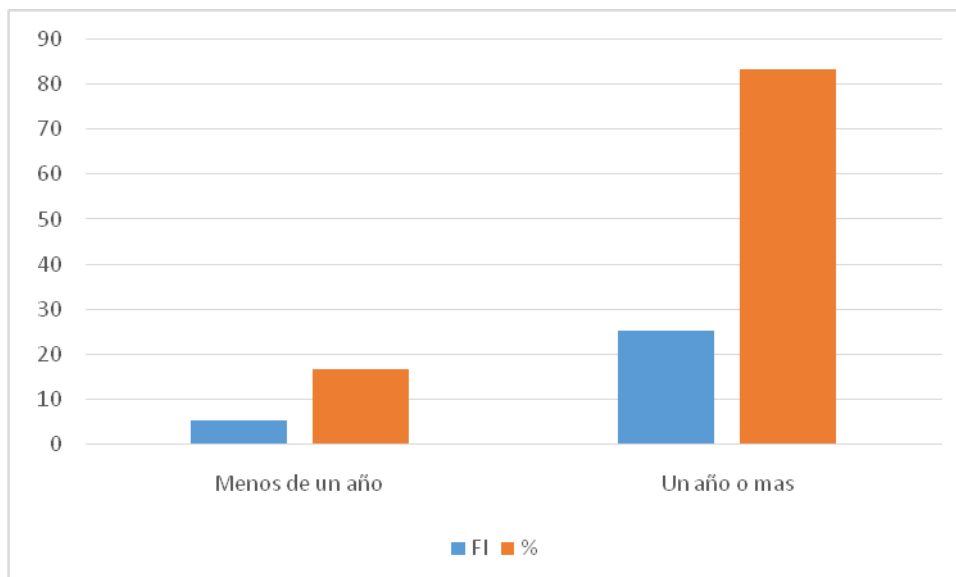
4.1.- RESULTADO DE LA ENCUESTA APLICADA A LOS TRABAJADORES EN LA MODALIDAD DE SERVICIOS NO PERSONALES

4.1.1.- ¿Tiempo que lleva en la institución?:

Tabla 01.

Tiempo en la Univers.	FI	%
Menos de un año	5	17
Un año o mas	25	83
TOTAL	30	100

Gráfico 01.



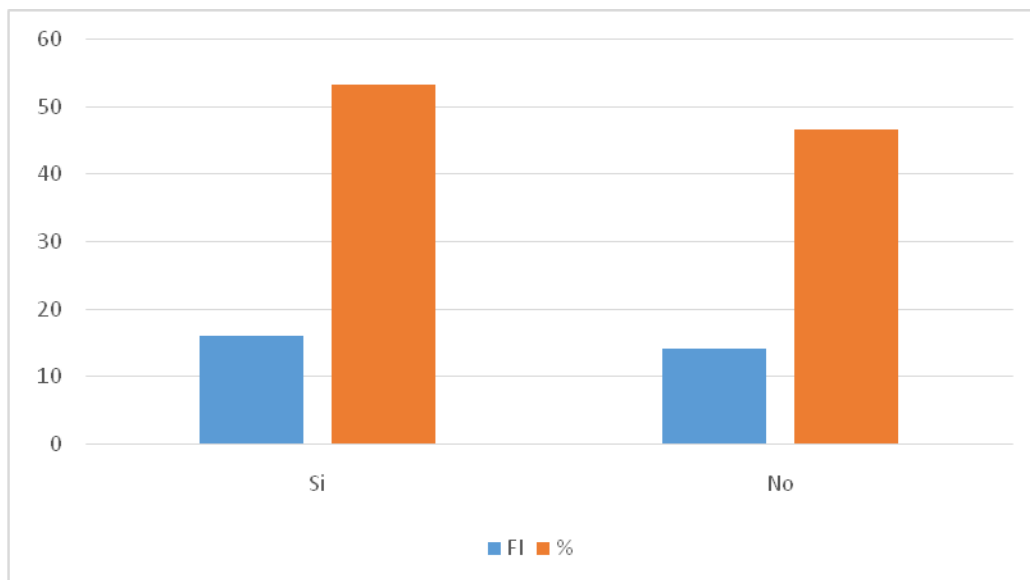
El gráfico muestra la distribución de frecuencia de la permanencia de los trabajadores en la modalidad de servicios no personales (SNP), el cual nos muestra que un 17% de ellos tienen menos de un año de labor en la universidad. Y solo un 83% manifestó tener más de un año de trabajo.

4.1.2.- ¿Estuvo trabajando con anterioridad en la UNHEVAL en un puesto permanente?:

Tabla 02.

Puesto Permanente.	FI	%
Si	16	53
No	14	47
TOTAL	30	100

Gráfico 02.



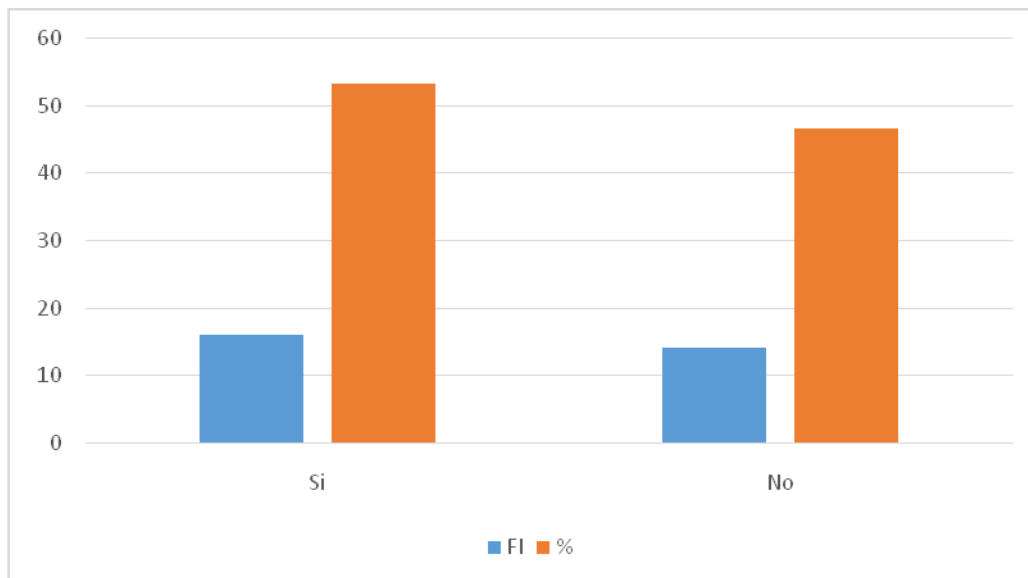
El gráfico muestra que un 57% manifestó **haber laborado en la Unhevar** y un abrumante 47% manifestó **no haber laborado**.

4.1.3.- ¿Existió alguna imposición por parte de su Empleador a acceder a la Modalidad de Servicios No Personales?:

Tabla 03.

Imposición Laboral	FI	%
Si	16	53
No	14	47
TOTAL	30	100

Gráfico 03.



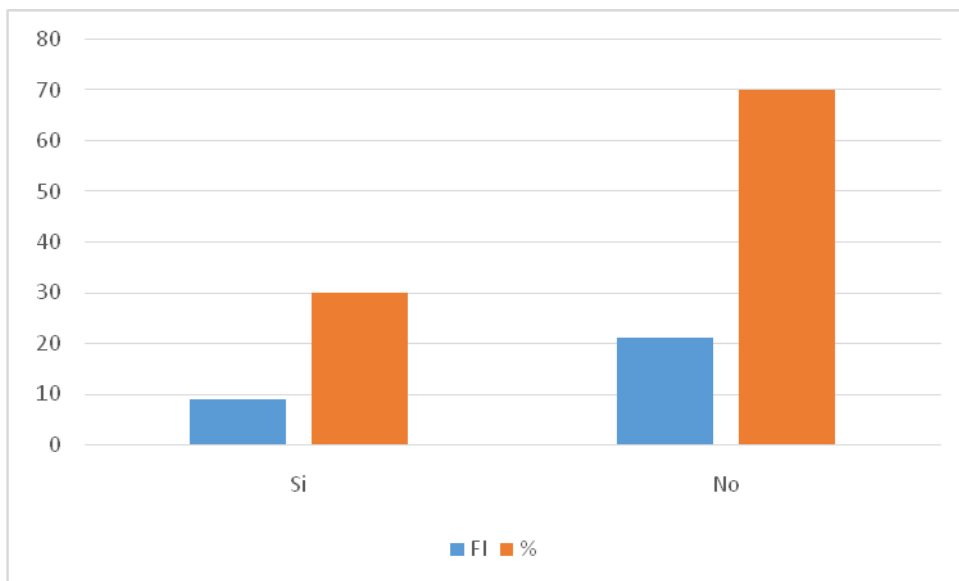
El gráfico muestra que un 57% manifestó **haber laborado en la Unheval** y un abrumante 47% manifestó **no haber laborado**.

4.1.4.- ¿Labora 8 horas o más, en forma diaria?

TABLA 04

Dedicación laboral	FI	%
Si	9	30
No	21	70
TOTAL	30	100

Gráfico 04



El gráfico muestra que casi el 30% de trabajadores bajo el régimen de SNP, labora más de las horas normales en la universidad.

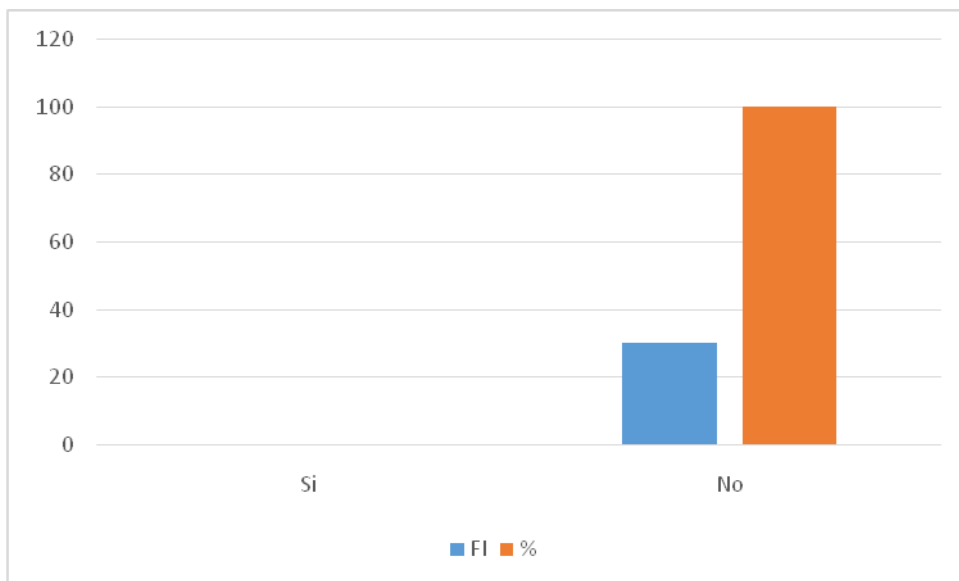
Por lo tanto, la distribución de frecuencia, que el régimen laboral no uniformiza las horas de prestación de servicios, dejando a la institución tomar o contratar trabajadores que podrían desempeñar labores mayores a las horas labores específicas.

4.1.5.- ¿Cuenta con vacaciones de 30 días?

TABLA05

Vacaciones	FI	%
Si	0	0
No	30	100
TOTAL	30	100

Gráfico 05.



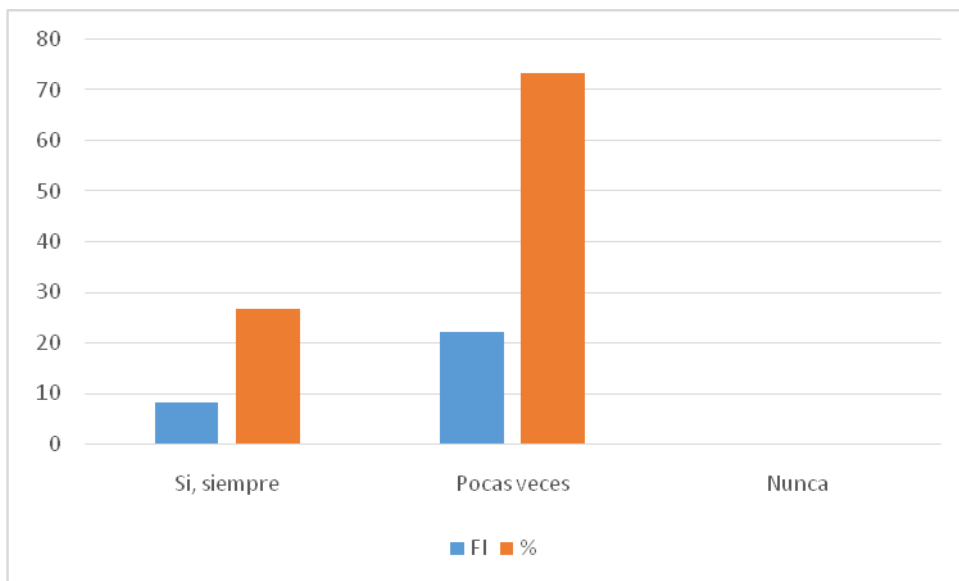
El gráfico muestra que un 100% de los trabajadores bajo la modalidad de SERVICIO NO PERSONALES, no tienen derecho de vacaciones, ni de 15, menos de 30 días.

4.1.6.- ¿Le capacitan constantemente?.

Tabla 06

CAPACITACIÓN	FI	%
Si, siempre	8	27
Pocas veces	22	73
Nunca	0	0
TOTAL	30	100

Gráfico 06



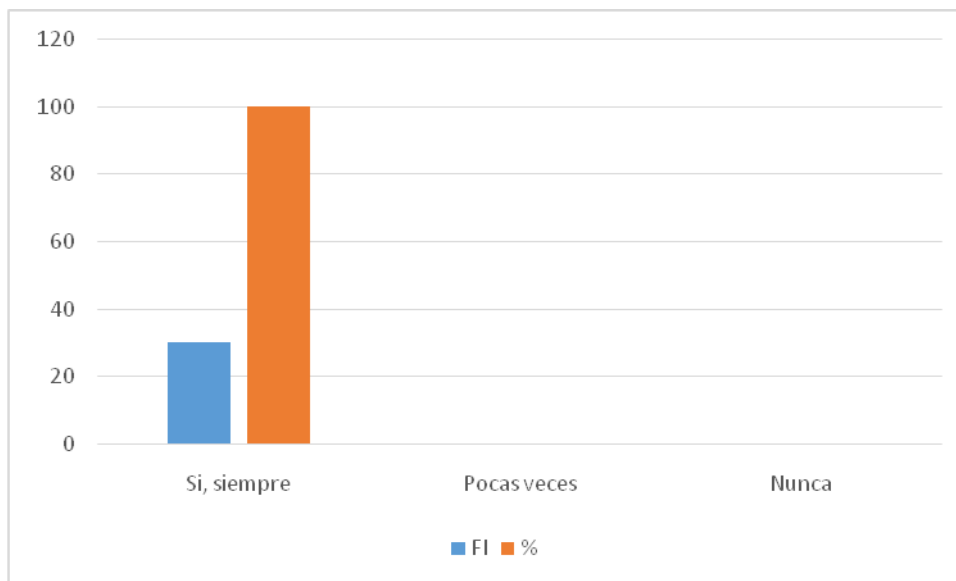
Las respuestas que dan los entrevistados, indican que el 27% son capacitados constantemente y el 73%, pocas veces.

4.1.67.- Siendo trabajador sujeto régimen de SNP, ¿Le evalúan permanentemente?

Tabla 07

EVALUACIÓN	FI	%
Si, siempre	30	100
Pocas veces	0	0
Nunca	0	0
TOTAL	30	100

Gráfico 07.



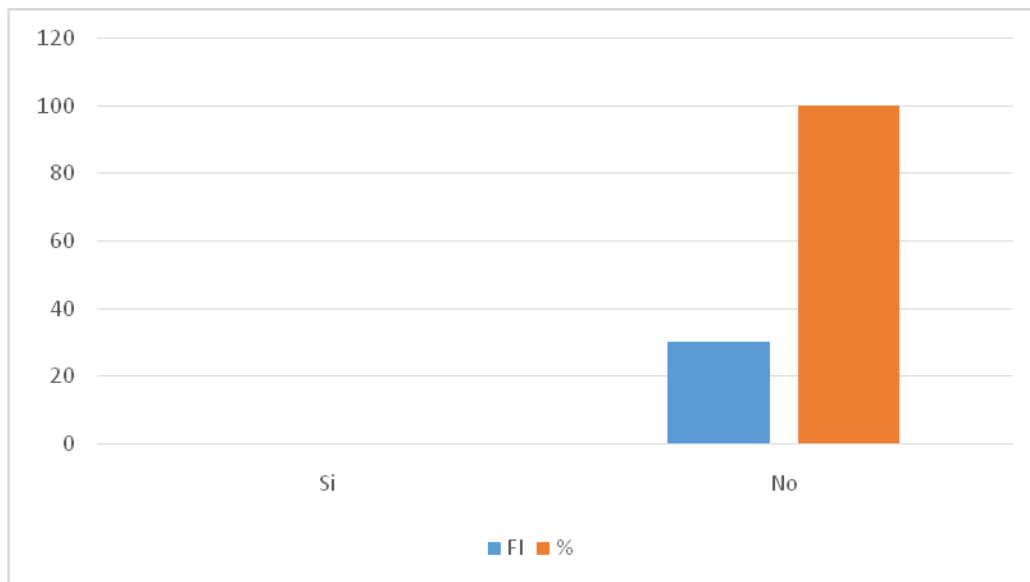
El gráfico muestra que el 100% de los encuestados, son evaluados, en forma directa o indirecta, tanto por sus jefes inmediatos, como por la institución.

4.1.8.-¿La Universidad le beneficia con algún régimen pensionario?

TABLA 08

Régimen pensionario	FI	%
Si	0	0
No	30	100
TOTAL	30	100

Gráfico 08.



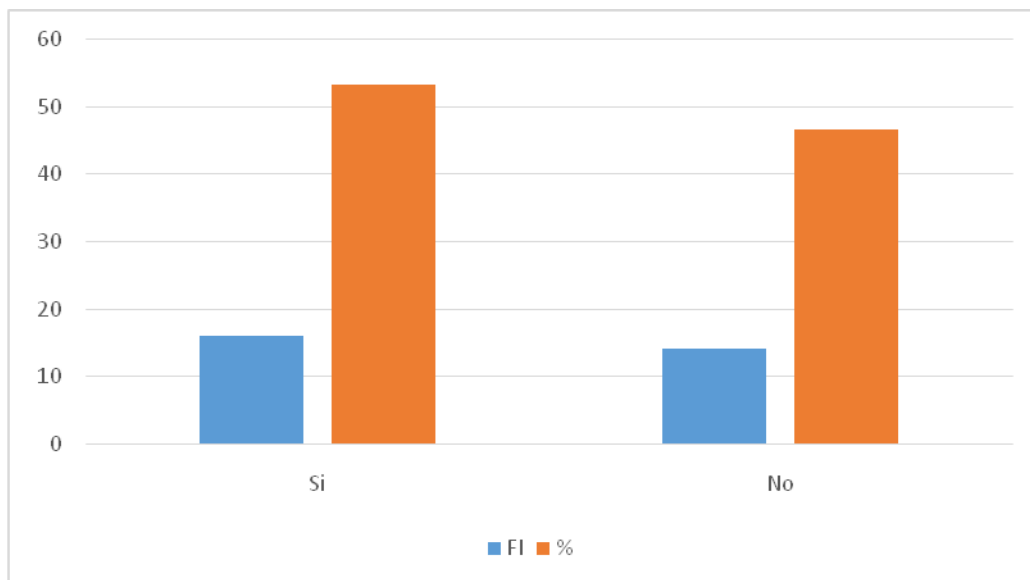
El gráfico muestra que el 100% de los encuestados manifestó que la universidad no les beneficia con ningún régimen pensionario.

4.1.9.-¿Está sindicalizado (a)?

TABLA 09

Sindicalizado	FI	%
Si	16	53
No	14	47
TOTAL	30	100

Gráfico 09.



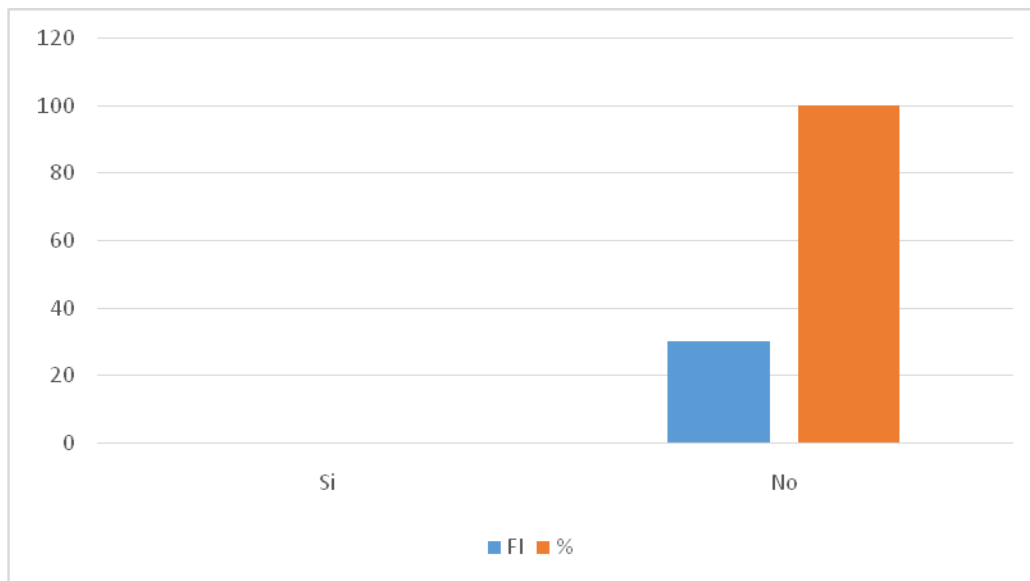
El gráfico muestra que un 53% manifestó **está afiliado (a) al sindicato** y un abrumante 47% manifestó haber **que no**

4.1.10.- ¿La universidad le beneficia con ESSALUD?

TABLA 10

ESSALUD	FI	%
Si	0	0
No	30	100
TOTAL	30	100

Gráfico 10.



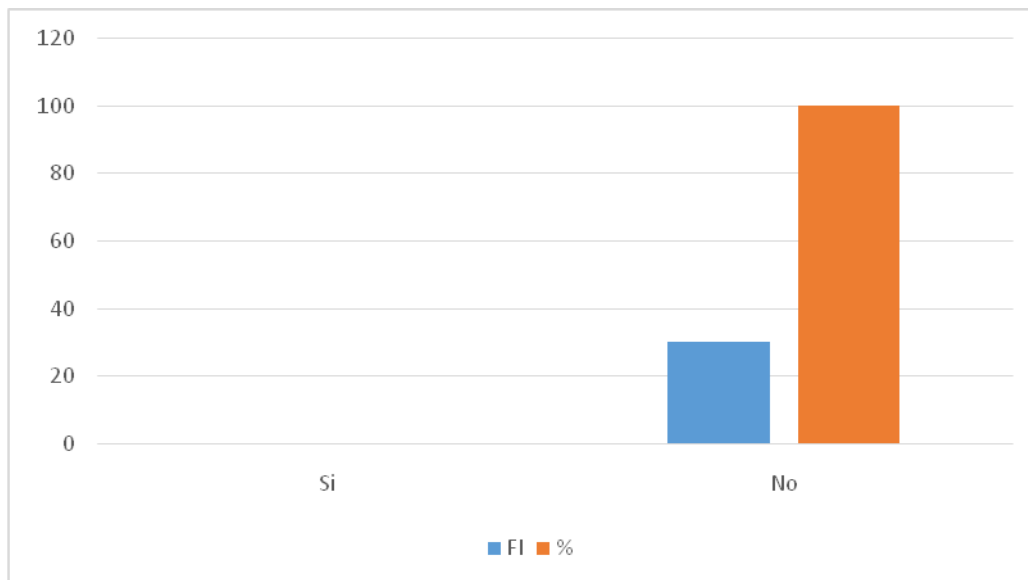
El gráfico muestra la respuesta de los encuestados y un 100% de los trabajadores manifestó NO contar con esta afiliación. O sea que la Universidad no les apoya con la asistencia social con ESSALUD.

4.1.11.- ¿Recibe aguinaldo y otras bonificaciones?

TABLA 11

Aguinaldos y Bonific.	FI	%
Si	0	0
No	30	100
TOTAL	30	100

Gráfico 11.



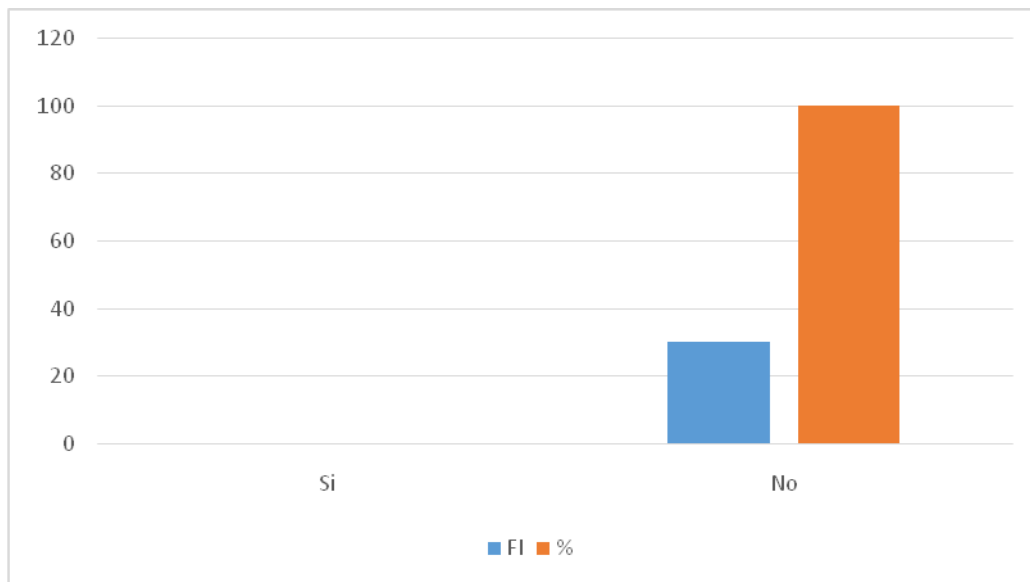
El gráfico muestra la distribución de frecuencia respecto a que si los trabajadores bajo la modalidad de Contrato por servicios no personales (SNP), perciben aguinaldo de julio y diciembre y otras bonificaciones otorgadas a los trabajadores nombrados. El 100% de ellos manifestó que NO.

4.1.12.- ¿Percibe el vale por concepto de canasta?

TABLA 12

Vale de canasta	FI	%
Si	0	0
No	30	100
TOTAL	30	100

Gráfico 12.



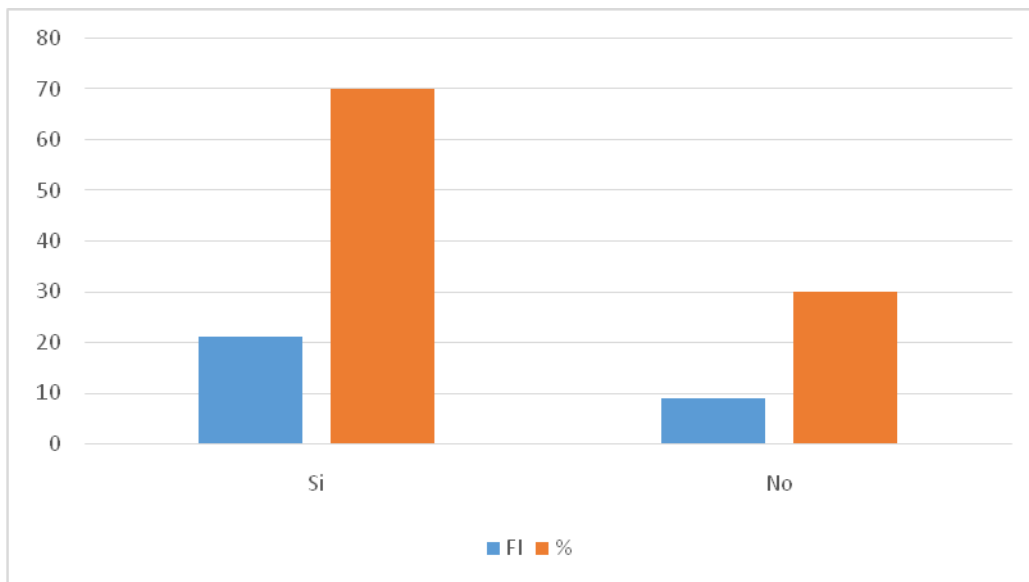
En la universidad Hermilio Valdizán se acostumbra desde hace casi 18 años, otorgar un vale para ser canjeado por productos comestibles o afines, en las tiendas que se destine a aquella que gana una licitación anual, denominado vale de canasta. Este vale es denominado VALE DE CANASTA. Sin embargo, al encuestar a un grupo masivo de trabajadores sujetos al régimen de contrato por servicios no personales (SNP), si perciben este beneficio por parte de la institución, un 100 o sea la totalidad mencionó que NO perciben.

4.1.13.- ¿Tiene amenaza de despido?

TABLA 13

Amenaza de despido	FI	%
Si	21	70
No	9	30
TOTAL	30	100

Gráfico 13.



El gráfico muestra la distribución de frecuencia respecto a amenaza de despido o no renovación de contrato. Un abrumador 70% manifestó que SÍ. Un 30%, que NO.

4.2.- RESULTADO DE LA ENCUESTA APLICADA AL PERSONAL JEFATURAL: RECTOR, VICERRECTORES, DECANOS, DIRECTORES ACADÉMICOS, JEFES DE OFICINA, ETC.

4.2.1.- ¿En qué Área se desempeña?

Tabla 01.

TIPO DE FUNCIÓN	Fi.	%
Rectorado y vicerrectorados	0	0
Decanatos	3	15
Direcciones Académicas	5	25
Directores de área	12	60
TOTAL	20	100

La tabla 01 muestra que el área en el que más se desempeña es las direcciones de área, el cual representa un 73%, seguido por el 17% las direcciones académicas, y un 10% ocupan los decanatos.

4.2.2.- Desempeño laboral de los trabajadores por SNP

Tabla 02.

Desempeño Laboral	Fi	%
Bueno	12	60
Regular	07	35
Deficiente	01	05
TOTAL	20	100

La tabla 04 nos muestra la opinión del personal directivo respecto del desempeño laboral de los trabajadores bajo el régimen de SNP, indicando que el 73% tiene un buen rendimiento laboral y el otro 24% muestra un rendimiento laboral calificado como regular lo que indica que existe buena relación entre los trabajadores y sus jefes inmediatos.

4.2.3.- En cuanto al horario, los trabajadores por SNP, ¿sobrepasan el horario normal?

Tabla 03.

Sobrepasan el horario normal	Fi	%
Siempre	03	15
Mayormente	09	45
A veces	06	30
Nunca	02	10
TOTAL	20	100

La tabla 05 nos da una muestra de la opinión de los jefes hacia los trabajadores bajo el régimen de SNP, respecto del horario que cumplen dentro de la institución el mismo que a opinión de los directivos es de que un 73% nos dicen que los trabajadores siempre sobrepasan el tiempo normal establecido por la institución para el cumplimiento de sus labores.

4.2.4.- La exigencia laboral de sus trabajadores por SNP es:

Tabla 04.

Exigencia Laboral	Fi.	%
Superan a los nombrados	8	40
Igualan a los nombrados	10	50
Menos que los nombrados	2	10
TOTAL	20	100

La tabla 04 nos da revela acerca de la exigencia laboral de los trabajadores bajo el régimen de SNP de parte de sus jefes inmediatos, el cual a razón de la encuesta nos indica que el 40% opina que este grupo ocupacional de SNP, supera al grupo ocupacional de nombrados. Un 63% están en igualdad de condiciones con los nombrados.

**4.2.5.- El grado de satisfacción con sus trabajadores del por SNP,
es:**

Tabla 05.

Satisfacción con sus trabajadores SNP	Fi	%
Muy bueno	12	60
bueno	5	25
regular	2	10
Malo, pésimo	1	5
TOTAL	30	100

La tabla 05 nos revela la opinión de los directivos acerca de la satisfacción hacia los trabajadores bajo el régimen de SNP, el mismo que indica que el 57% de los directivos se sienten **muy satisfechos** con el trabajo éste personal, mientras que un 27% se **siente satisfecho**.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1 Contrastación de Resultados con los referentes bibliográficos.

Es necesario realizar la confrontación de la situación problemática planteada, de las bases teóricas y de la hipótesis propuesta con los resultados obtenidos confirmando lo siguiente:

1.- La aplicación del régimen por Servicios No Personales a los Trabajadores de la Unheval, **si vulnera los derechos laborales**, esto teniendo en cuenta que los trabajadores que ingresan al régimen de SNP, carecen de derechos, tornándose en una situación de precariedad normativa, existiendo una discriminación en su tratamiento, al vulnerar en demasía sus derechos laborales, conforme fue corroborado en las encuestas aplicadas a los trabajadores, dando como resultado el desempeño de las mismas funciones, sin embargo carentes de beneficios.

2.- La aplicación del régimen por Servicios No Personales a los Trabajadores de la Unheval, **si genera Responsabilidad Administrativa y Civil**, requiriendo para su infracción, la existencia de una desnaturalización a la relación contractual y que está eventualidad sea demandada al Estado, no existiendo una prohibición expresa antes de la suscripción del contrato, limitándose a una incidencia, por lo que resulta necesario el reconocimiento de una infracción disciplinaria, donde delimite la infracción y sanción, circunstancia que a la fecha no existe, sin embargo, conforme fue contrastado, existe un Proyecto de Ley que busca prohibir el contrato de

servicios no personales en puestos permanentes, iniciativa que busca proteger los derechos laborales.

3.- La aplicación del régimen por Servicios No Personales a los Trabajadores de la Unheval, **si genera Responsabilidad Penal**, recayendo dicho supuesto en el nuevo Delito de Trabajo Forzoso, recientemente incorporado al Código Penal (Artículo 168-B), sin embargo, requiere para su comisión, la existencia de una imposición que pueda generar un perjuicio en el trabajador, como elementos normativos y descriptivos a cumplir, circunstancia que se pudo evidenciar en los contratados, toda vez que un grupo mayor tuvo con anterioridad al servicio NSP, un vínculo laboral existente, sin embargo, por razones de Política Institucional fueron variados al régimen NSP, imponiendo en su mayoría dicha variación.

5.2. Confrontación con el problema planteado.

La interrogante que nos hemos formulado al iniciar el trabajo es: **¿De qué manera, la aplicación del régimen por servicios no personales, vulnera los derechos laborales y jurídicos de los trabajadores administrativos, con tendencias penales, en la UNHEVAL?**

Luego de haber concluido la investigación y a la luz de los resultados se pudo determinar qué:

Al aplicar el régimen de Servicios No Personales a los trabajadores de la Unheval, se vulnera sus derechos laborales, siendo la consecuencia de muchos actos, que tienden a generar responsabilidad administrativa, penal y civil, en el empleador, claro y cuando se demuestre una desnaturalización

en su servicio y la imposición de su variación, cuyo consecuencia trae consigo la transgresión de derecho laborales.

5.3.- Aporte Científico.

Después de haber concluido con el desarrollo de la investigación, consideramos de trascendental importancia la presente investigación, esto debido a su aporte científico en la búsqueda de una reorientación en la protección de los Derechos Laborales de los trabajadores bajo cualquier régimen, buscando unificar lineamientos normativos y promover la eliminación progresiva de los Servicios No Personales, con la imposición de sanciones administrativas, penales y civiles.

Esto teniendo en cuenta, que para la elaboración de la investigación, se tomo en consideración la situación de ambos actores, el empleador y el empleado, contrastándose a través de los resultados del presente trabajo de investigación, los derechos laborales que son vulnerados de manera repetitiva, sin que exista de por medio una situación de cese, incrementándose sustancialmente el nivel de desprotección laboral de los trabajadores al culminar cada año *-recorte o ampliación Presupuestal-*, pese a existir fundamentos necesarios para reformular la legislación al respecto, conforme los antecedentes realizados respecto al estudio.

CONCLUSIONES

Luego de la descripción y del análisis de la presente investigación, se pudo formular las conclusiones siguientes:

1. La aplicación del régimen por Servicios No Personales en los trabajadores de la UNHEVAL, no solo vulnera los derechos laborales, sino la misma dignidad del trabajador, ante la desnaturalización del servicio, representando ello, uno de los muchos problemas laborales actuales, debido al desorden en la Política Laboral, pese a los múltiples esfuerzos por uniformizar el régimen servir.
2. La aplicación del régimen por Servicios No Personales en los trabajadores de la UNHEVAL, influye en la calidad de los servicios que brinda, que en la mayoría de casos, alcanza mayor expectativa, teniendo en cuenta su evaluación como objeto de renovación.
3. La aplicación del régimen por Servicios No Personales en los Trabajadores de la UNHEVAL, vulnera los derechos jurídicos, esto teniendo en cuenta, que ante una posible extinción del vínculo contractual, el trabajador solo puede solicitar una indemnización por la Vía Civil, más no su reincorporación, representando ello un instrumento jurídico muy limitado, a comparación de los demás regímenes.
4. Al imponer o aplicar el régimen por Servicios No Personales en los Trabajadores de la UNHEVAL, no solo vulnera los derechos laborales y jurídicos de los Trabajadores, sino que ello puede generar responsabilidad Administrativa, Civil y Penal, siendo este ultimo subsumible la conducta al delito de Trabajo Forzoso, pudiendo resulta imputable los funcionarios que impongan la variación del vínculo jurídico, así como el titular del pliego, este

último, de resultar el Proyecto de Ley aprobado que busca prohibir la contratación por Servicios No Personales en puestos permanentes.

SUGERENCIAS

Al finalizar la presente investigación, se destacan las siguientes recomendaciones o sugerencias de atención inmediata:

1. No debe aplicarse el régimen por Servicios No Personales (SNP) en la UNHEVAL, pues no solo vulnera los derechos laborales de los servidores administrativos, sino también la misma dignidad del trabajador.
2. No debe aplicarse este régimen laboral en los trabajadores administrativos, pues influye en la calidad de los servicios que brinda la UNHEVAL, representando en su mayoría de valoración subjetiva, toda vez que depende de la conformidad y renovación, circunstancias no establecidas.
3. La aplicación del régimen por Servicios No Personales, vulnera los derechos jurídicos de los servidores sujetos a este régimen, en la UNHEVAL, debido a la limitada normatividad que cuenta el trabajador, en caso de existir una extinción del vínculo contractual, resultando sumamente desproporcional, representando una situación jurídica precaria ante la sola imposición de cualquier medida.
4. No se debe aplicar el contrato por Servicios No Personales, pues al vulnerar sus derechos laborales y dignidad de los servidores, podrá generar denuncias de índole administrativo y ámbito penal en contra de los Funcionarios Públicos, en el caso concreto los que laboral en la UNHEVAL, esto teniendo en cuenta que el nuevo delito de Trabajo Forzoso se encuentra vigente, y en camino de aprobarse el Proyecto que busca prohibir la contratación bajo el Régimen de Servicios no Personales.

BIBLIOGRAFÍA

1. AREVALO VELA, JAVIER. UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. TESIS para optar el grado académico de Magíster en Derecho. Lima – Perú 2008.
2. ARÉVALO VELA, JAVIER. LA PROTECCIÓN PENAL DEL TRABAJO. Publicado en la Página Web: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bd36808047544a28be5bff6da8fa37d8/3.+Ar%C3%A9valo+Vela.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bd36808047544a28be5bff6da8fa37d8>. Pág. 37
3. BELTRÁN LARCO, LUISA PAMELA. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa con Mención en Gestión Empresarial. “PROBLEMÁTICA DE LA EXISTENCIA DE DISTINTOS REGIMENES DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL ESTADO”. LIMA – PERÚ 2013
4. BRAMONT ARIAS, LUIS A. y Luis Alberto Bramont-Arias Torres. «Código Penal Anotado». Editorial San Marcos, Lima 1998, p.25.
5. DEL RÍO GONZALES OSCAR, publicado en internet el 08 de junio del 2009. Web <http://www.mailxmail.com/curso-servicios-funcion-publica-peruana/servicios-no-personales-snp>.
6. IACOVIELLO, M. & ZUVANIC, L., 2006. Síntesis del Diagnóstico. Caso Perú. En K. Echebarría, ed. *Informe Sobre la Situación del Servicio Civil en América Latina*. Washington, DC: BID.
7. ROMERO QUISPE, JACOBO. UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS. TESIS para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Los Contratos por servicios no personales en la administración

pública como condicionantes de la estabilidad laboral ficta. Lima-Perú
2009. Pag. 49

8. MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ. Manual de Derecho Penal, Parte Especial, tomo 111, pg. 150.
9. MORENO SANTAMARÍA, ABNER. el principio de primacía de la realidad y su marco de aplicación. Web
www.ussvirtual.edu.pe/Documentos/derecho/.../MORENO%20SANTAMARIA.doc
10. MOSSET ITURRASPE, Jorge: "Los contratos atípicos" - LL - Sección Doctrina - 1989. p. 995
11. NOILLET, ALEJANDRA: Empleo Público. publicado en internet. Web
<http://www.monografias.com/trabajos6/empu/empu.shtml>
12. RUIZ PACHECO, LUIS FERNANDO. UNIVERSIDAD CATOLICA SAN PABLO. Tesis Para optar el título profesional de abogado. AREQUIPA, 2016.

ANEXOS

Anexo 01

**ENCUESTA DIRIGIDA AL PERSONAL ADMINISTRATIVO CONTRATADO POR
EL RÉGIMEN DE SERVICIOS NO PERSONALES**

1. Tiempo que lleva en la institución
 - a) Menos de un año
 - b) Un año o más

2. ¿Estuvo trabajando con anterioridad en la UNHEVAL en un puesto permanente?
 - a) Si
 - b) No

3. ¿Existió alguna imposición pro parte de su Empleador a acceder a la modalidad de Servicios No Personales?
 - a) Si
 - b) No

4. ¿Labora 8 horas o menos en forma diaria; o 48 horas a la semana?
 - a) Si
 - b) No

5. ¿Cuenta con vacaciones?
 - a) Si
 - b) No

6. ¿Le capacitan constantemente?
 - a) Sí, Siempre
 - b) Pocas Veces
 - c) Nunca

7. ¿Le evalúan permanentemente?
 - a) Sí, Siempre
 - b) Pocas Veces
 - c) Nunca

8. ¿La universidad le beneficia con algún régimen de pensiones?
a) Si b) No
9. ¿Está sindicalizado (a)?
a) Si b) No
10. ¿La universidad le beneficia con la asistencia social en ESSALUD?
a) Sí, siempre b) A veces c) Nunca
11. ¿Recibe aguinaldos y otras bonificaciones por parte de la universidad?
a) Si b) No
12. ¿Recibe el vale por concepto de canasta o algo parecido?
a) Si b) No
13. ¿Le amenazan con despedirle del trabajo o no renovarle?
a) Si b) No

Anexo 02**ENCUESTA DIRIGIDO AL PERSONAL JEFATURAL: DECANOS, JEFES DE DEPARTAMENTO, DIRECTORES ACADÉMICOS, JEFES DE OFICINA ETC.**

1. ¿En qué Área se desempeña?:
 - a) Rectorado, vicerrektorados
 - b) Decanato
 - c) Director académico
 - d) Director o Jefe de oficina

2. Mencione usted el desempeño laboral de servidores por SNP, a su cargo:
 - a) Responsable
 - b) Dócil
 - c) Atento
 - d) Irresponsable
 - e) Problemático.

3. En cuanto al horario, los trabajadores por SNP ¿sobrepasan el horario normal?
 - a) Siempre
 - b) Mayormente
 - c) A veces
 - d) Nunca

4. La exigencia laboral de sus trabajadores por SNP es:
 - a) Más que los nombrados
 - b) Igual que a los nombrados
 - c) Menos que a los nombrados

5. ¿El grado de satisfacción con sus trabajadores del régimen por SNP, es?
 - a) Muy bueno
 - b) Bueno
 - c) Regular
 - d) Malo, muy malo