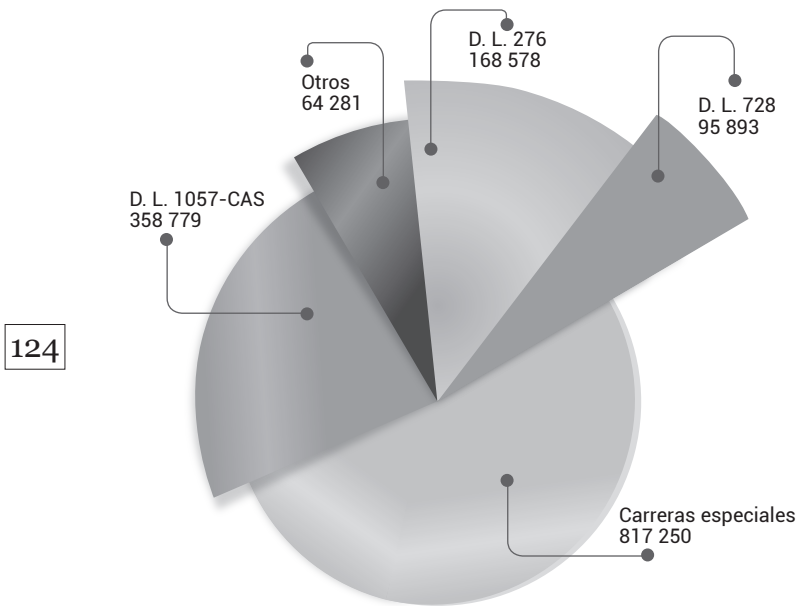


En cuanto a la cantidad de servidores por cada tipo de régimen laboral y contractual, según la última fuente oficial presentada por la GPGSC – Servir, existe la siguiente información:

Diagrama 10
PEA del sector público por régimen laboral



124

Fuente. Planilla electrónica 2021 (MTPE) / AIRHSP 2021 (MEF).

Tomado de la presentación del Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil de Servir, Bratzo Bartra Ibazeta, en el Webinar del 3/2/2022.

3. Locadores de servicio

Sin perjuicio de lo señalado, no se puede soslayar que existe otra forma de vinculación con el Estado, como el contrato de locación de servicio, contrato de naturaleza civil —en sentido formal—, cuyo elementos son la prestación de servicio y la contraprestación. Estos contratos adolecen de subordinación,

por lo que la entidad no puede pretender someter a un PAD o sancionar disciplinariamente a aquellas personas bajo esta forma de contratación.

En su momento, la GPGSC – Servir¹¹⁹ y el TSC¹²⁰ se han pronunciado sobre esta forma de contratación en el sector público. A continuación, se explica de manera detallada su delimitación y su alcance:

- La contratación bajo esta modalidad dentro de la administración pública tiene sus orígenes más remotos en el Decreto Supremo 065-85-PCM, el cual aprobó el Reglamento único de adquisiciones y suministro de bienes y servicios no personales del Estado. Este reglamento regulaba, entre otros aspectos, la adquisición de servicios no personales a través de contratos de locación de servicios.
- El citado reglamento definía por servicios no personales del Estado como una:

125

Actividad o trabajo que efectúa una persona natural o jurídica ajena al organismo público que desea adquirir, a cambio de una retribución económica, para atender una necesidad intangible. Se orienta a la producción, construcción, habilitación, funcionamiento, orientación, conservación, preservación u otros; se mide en y por sus efectos o resultados.

- En relación al contrato de locación de servicios, el art. 1764 del Código Civil señala que «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».

¹¹⁹ V. gr.: Informe Técnico 619-2022-SERVIR-GPGSC.

¹²⁰ V. gr.: Resolución 000880-2022-SERVIR/TSC-Primera-Sala.

- Por su parte, el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante la Resolución Directoral 007-99-EF-76.01, define el citado contrato de la siguiente manera:

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, sin que medie vínculo laboral. En el Sector Público dicho contrato se denomina Contrato de Servicios No Personales.

Conforme se advierte, entre un locador de servicio y una entidad pública no existe —en sentido formal— el elemento de subordinación, de modo que, *cuando se hace referencia al régimen disciplinario, se entiende que para aplicarlo debe existir previamente un vínculo de naturaleza laboral entre las partes (servidor–entidad pública) y no una relación de carácter civil.*

126

Sin perjuicio a lo señalado, cabe comentar que en la administración pública es frecuente recurrir al contrato de locación de servicios o a contratos menores a 8 UIT donde la subordinación no debe presentarse; no obstante, terminan desnaturalizando la contratación. En consecuencia, bajo el carácter tuitivo del derecho laboral, se proscribe la simulación o el fraude.

Es decir, aunque las partes contractuales (entidad y locador de servicio) hubieran querido dar al contrato una forma o denominación distinta, primará la existencia objetiva de los rasgos de laboralidad¹²¹, de modo que, como se menciona en la doctrina laboral, de existir contradicción entre la verdad real y la verdad formal, el juez debe preferir la primera¹²² en atención al *principio de primacía de la realidad*.

¹²¹ Para mayor detalle, revisar la sentencia del Tribunal Constitucional: Expediente 03917-2012-PA/TC.

¹²² ROMERO MONTES, Francisco Javier. *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano*. Lima: Grijley, 2009, p. 497.

En este marco, se debe manifestar que el Estado ha demostrado no ser un buen contratante de locadores de servicio, ya que muchos contratos se desnaturalizan con la dación de condiciones de trabajo y con la configuración de rasgos de laboralidad¹²³, a pesar de que existe marco normativo que prohíbe dicha desnaturalización, sin embargo, esto no implica sancionar disciplinariamente a un locador de servicios, puesto que la naturaleza laboral de su contrato tendría que ser declarada en la vía judicial.

Sobre el particular, constantemente ha existido —en el nivel legal y jurisprudencial— la intención de controlar esta forma de contratación en el Estado¹²⁴; puesto que, las desnaturalizaciones de estos contratos civiles son muy frecuentes, generando diversas contingencias, por ejemplo: i) el reconocimiento judicial de un vínculo de naturaleza laboral en virtud a la aplicación del *principio de primacía de la realidad* y ii) el incremento de la planilla de pagos y no necesariamente por ingreso, a través de concurso público de méritos (principio rector del SAGRH para acceder a la función pública), sino por el cumplimiento expreso de un mandato judicial, específicamente, en el art. IV del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante el Decreto Supremo 017-93-JUS.

127

No obstante, dichos esfuerzos son total o parcialmente infructuosos conforme lograremos advertir, a continuación:

¹²³ Por citar algunos ejemplos: entrega de uniformes, provisión de herramientas de trabajo, correo institucional, entrega del carné institucional, participación en reuniones para servidores, fiscalización de trabajo, llamadas de atención verbal, entre otros.

¹²⁴ Para mayor información, revisar el Informe de la Comisión Multi-sectorial encargada de estudiar la situación del personal en la administración pública central. Disponible en: <bit.ly/3NGHaKl>

- En 2008, en la cuarta disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1057, se dispone que las entidades comprendidas en la presente norma *no deben, en lo sucesivo, suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos*.
- En 2014, en la sexta disposición complementaria final del Reglamento de la LSC —de carácter vigente— se establece que las entidades solo pueden contratar a personas naturales bajo la figura de locación de servicios prevista en el art. 1764 del Código Civil y sus normas complementarias para *realizar labores no subordinadas* y bajo responsabilidad del titular.
- En 2015, mediante la sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC (caso Huatuco Huatuco), el Tribunal Constitucional precisa que *existe responsabilidad funcional en los supuestos que se detecte la desnaturalización del contrato temporal (laboral o civil) en la administración pública* (fundamentos 19 y 20). A pesar de ello, no se advierte que, ante el cumplimiento de un mandato judicial de reincorporación por reconocimiento de vínculo laboral (por desnaturalización contractual), se haya procesado o sancionado judicial, administrativa o funcionalmente a aquellos directivos o funcionarios que hayan propiciado dicha desnaturalización.
- En 2021, se observa un esfuerzo más, implementado por el Poder Legislativo a través de la Ley 31298, Ley que *prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante la modalidad de locación de servicios para actividades de naturaleza subordinada*. Sin embargo, el Poder Ejecutivo mediante la septuagésima segunda disposición complementaria final de la Ley

31365, Ley de presupuesto del sector público para el ejercicio fiscal 2022, dispuso que los efectos de la Ley 31298 se suspendan hasta el 31 de diciembre de 2022.

Finalmente, a modo de colofón respecto a este apartado, se concluye que, ante la ausencia de subordinación con el locador de servicios, no es factible que la entidad pública lo someta a un PAD o sancione disciplinariamente, puesto que, de hacerlo, se evidenciaría implícitamente uno de los rasgos de laboralidad, los cuales implican contingencias administrativas, judiciales y económicas.

4. Vigencia y aplicación transversal

En la novena disposición complementaria final de la LSC se establece que las disposiciones sobre el régimen disciplinario y procedimiento sancionador se aplican una vez que las normas reglamentarias de dicha materia se encuentren vigentes.

129

Por su parte, el Reglamento General de la LSC establece, en su undécima disposición complementaria transitoria, que el Título VI correspondiente al régimen disciplinario y procedimiento sancionador entra en vigencia a los 3 meses de su publicación, es decir, a partir del 14 de junio de 2014.

Asimismo, en la segunda disposición complementaria final del Reglamento General de la LSC se establece que su Libro I resulta aplicable a las entidades indistintamente si han transitado o no al régimen del servicio civil, de modo que, considerando que las disposiciones vinculadas al PAD se encuentran en el Título VI del Libro I, el régimen disciplinario regulado por la LSC y su Reglamento General se aplican de manera transversal a los siguientes regímenes laborales: