SOLUCIONES

LABORALES

SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN PARA JEFES DE RECURSOS HUMANOS, ASESORES LEGALES, ADMINISTRADORES Y GERENTES

SECTOR PÚBLICO

APUNTES Y COMENTARIOS AL PROYECTO N° 1846/2012-PE "LEY DEL SERVICIO CIVIL"

(Primera parte)

Arturo Francisco BASUALDO HILARIO(*)

Introducción

Mediante Oficio N° 001-2013-PR de fecha 4 de enero del año en curso, el Poder Ejecutivo en ejercicio de su prerrogativa constitucional prevista en el artículo 107 de la Constitución Política, remitió al Congreso de la República un proyecto de Ley sobre el Servicio Civil. Dicho Proyecto de Ley consta de un Título Preliminar y ciento cinco artículos, divididos en quince títulos, así como veintiséis Disposiciones complementarias finales, transitorias, modificatorias y derogatorias.

La elaboración y correspondiente remisión de este Proyecto de Ley, viene generando grandes expectativas en la sociedad en su conjunto, y particularmente en los trabajadores subordinados al Estado, quienes a través de las organizaciones sindicales estatales más representativas(1), vienen mostrando su disconformidad con el contenido del mismo, incidiendo en que esta norma de ser aprobada, atentaría contra los derechos laborales, sobre todo, el derecho a la estabilidad de muchos trabajadores estatales; sin embargo, por el lado contrario, ubicamos a los representantes del Estado, quienes insisten en la necesidad de contar con una nueva ley que regule el servicio civil, incidiendo en que se garantiza los principales derechos de los trabajadores resaltando la meritocracia como parámetro de un nuevo civil que viabilice un servicio estatal eficaz y eficiente.

En esta oportunidad, nos abocaremos al estudio del Título Preliminar y los primeros siete Títulos, consistentes en: i) Disposiciones Generales, ii) Gestión del Servicio Civil, iii) Incorporación y causas de término, iv) Derechos y Obligaciones del Personal del Servicio Civil, v) Derechos Colectivos, vi) De los funcionarios públicos y servidores de confianza y vii) Directivos Públicos. En tal sentido, resaltaremos los aspectos más importantes y gravitantes de esta propuesta legislativa, contrastándola en cuanto fuese necesario y pertinente con el marco legal vigente, así como la jurisprudencia que ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y laudos

(*) Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Postítulo en Derecho Procesal Constitucional otorgado por el Tribunal Constitucional y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cursa estudios de Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Escuela de Posgrado de la Universidad de San Martín de Porres. En la actualidad se desempeña como Asesor del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial –Senati–. Ha sido abogado de la Presidencia del Consejo de Ministros a cargo de los procesos laborales del Despacho Presidencial, la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas –Devida–, y el Instituto Nacional de Estadística e Informática –INEI–.

(1) El proyecto de ley de servicio civil (PL N° 1846/2012-PE) fue analizado y debatido el lunes 28 de enero de 2013, durante una reunión de trabajo organizada por la congresista Verónika Mendoza Frisch (AP-FA). La cita se desarrolló en la sala José Abelardo Quiñones del Palacio Legislativo, con la presencia de los legisladores Yohny Lescano Ancieta y Javier Diez Canseco, ambos de la misma bancada parlamentaria. Para la ocasión fueron invitados el secretario general de la Confederación Intersectorial de Trabajadores Estatales (CITE); el presidente de la Federación Nacional de Trabajadores de las Universidades del Perú (FENTUP) y la secretaria general de la Unión Nacional de Sindicatos del Sector Estatal (UNASSE). Esta información ha sido tomada del portal web del Congreso: <www.congreso.gob.pe>.

arbitrales laborales en la Administración Pública apoyándonos en la jurisprudencia extranjera en cuanto fuese aplicable; para ello, inicialmente debemos analizar si es realmente necesario contar con un nuevo marco normativo que regule los derechos y obligaciones existentes entre el Estado y sus trabajadores, en aras de garantizar en la sociedad, un Estado eficiente.

I. ¿Es necesario un nuevo marco legal que regule la relación entre el Estado y sus trabajadores?

La ineficiencia en el Estado, evidenciada en la poca calidad de los servicios que presta a los ciudadanos, es y ha sido una constante en nuestra vida republicana, ello debido a muchos factores, siendo uno de ellos la falta de capacidad en la organización del personal a nivel de las instituciones estatales en sus diferentes niveles y escalas de Gobierno. Esta situación ha sido atribuida principalmente a la inexistencia de un marco normativo eficiente, frente a una diversidad de normas divergentes y contrarias entre sí, que han venido siendo aplicadas inclusive a trabajadores de una misma institución, quienes por imperio del principio de igualdad de trato, merecían las mismas condiciones que sus condiscípulos.

Esta situación es plenamente demostrable, a partir del hecho de que en muchas entidades estatales se aplican a trabajadores que realizan las mismas funciones y actividades e incluso tienen el mismo perfil profesional y curricular, distintos regímenes laborales, creando tratos diferenciados, ahí donde, en principio, la Constitución no diferencia.

En la actualidad, los regímenes laborales generales que se aplican en el ámbito estatal son: el Régimen de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo N° 276), Régimen Laboral Privado (Decreto Legislativo N° 728) y el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (Decreto Legislativo N° 1057). En torno a ellos, coexiste una pluralidad de regímenes laborales especiales, sobre los cuales no emitiremos argumento alguno, por no ser la materia que nos ocupa.

El Decreto Legislativo N° 276, expedido en el año 1984, tenía por finalidad regular la carrera administrativa, recientemente regulada en ese entonces, en la Constitución de 1979. Este régimen, propiamente comprendía catorce niveles y tres grupos ocupacionales (profesionales, técnicos y auxiliares), estableciendo, al menos formalmente, el mérito y el tiempo para efectos del ascenso en la carrera. Se establecía como mecanismo de ingreso la existencia de un Concurso Público; sin embargo, esto en la realidad no fue tan cierto, ya que gran parte de la población laboral perteneciente a este régimen, ingresó en calidad de contratados, y para ello, no existía la obligación de un Concurso Público, y franquearon su estabilidad absoluta en mérito a la Ley N° 24041, vigente en la actualidad. A partir del año 1992 se dio por cerrado el ingreso a este régimen, mediante regulación expresa en las leyes anuales de Presupuesto que prohibían los concursos públicos y personal contratado, salvo la existencia de plazas disponibles y que contaran con el debido financiamiento.

El Decreto Legislativo N° 728, aplicable al sector privado, fue implementado de manera recurrente en diversas entidades estatales en todas sus escalas de gobierno; si bien es cierto, este régimen laboral consagra mejores beneficios económicos, aquí no existe una estructura de carrera. Ello básicamente porque eso queda a la decisión de cada empleador, lo cual no se ha dado en el Estado.

El Decreto Legislativo N° 1057 que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios –CAS– tuvo su origen en la Ley autoritativa N° 29157, publicada en el mes de junio del año 2008, expedida con motivo del Tratado de Libre Comercio a suscribirse con Estados Unidos, siendo su pretendida finalidad poner punto final a los denominados contratos por servicios no personales. Hoy en día, cerca los cinco años de su implementación y estando en giro su "eliminación progresiva"[2], podemos advertir con meridiana claridad que el remedio terminó siendo peor que la enfermedad, tanto para los trabajadores como para el propio Estado empleador. Así, en el primer caso, se ha perdido la estabilidad laboral que tenían ganado por imperio del principio de primacía de la realidad (al menos en la jurisdicción constitucional) y en el segundo caso, la línea jurisprudencial reciente de la Corte Suprema, ha emitido una serie de pronunciamientos sobre cuya base, los beneficios sociales deben ser liquidados sin tener en cuenta las nuevas reglas de este régimen laboral especial, para aquellas personas que anteriormente a su entrada en vigencia, ya mantenían una relación laboral con el Estado a través de los denominados contratos por servicios no personales.

Como bien refiere el Poder Ejecutivo, la falta de un marco normativo uniforme, viene generando un crecimiento desordenado del número de personas que ingresan a laborar al Estado, pues conforme concluye la Encuesta Nacional de Hogares 2004-2010 (ENAHO 2011)[3], cada año

(2) Con fecha el 6 de abril de 2012, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° N° 29849 denominada "Ley que establece la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1057 y otorga derechos laborales". Para mayor ilustración recomendamos: "De la eliminación progresiva del Decreto Legislativo 1057 a la eliminación inmediata de los 'trabajadores CAS' (Apuntes y Comentarios a la Ley N° 29849)", publicado en *Soluciones Laborales*, edición del mes de abril de 2012.

(3) Estos datos han sido tomados de la exposición de motivos del referido proyecto de Ley.

ingresan en promedio cuarenta mil personas en el sector público, siendo el total al 2011, un millón cuatrocientos mil personas, cuyo ingreso, generalmente, no se ha sujetado a un concurso público previo. Esta situación viene generando que el costo para atender el pago de las remuneraciones y beneficios conexos o derivados de esta, a la fecha aborde cerca del 30% del presupuesto público(4). Ello no ha significado la mejora del servicio público a los ciudadanos y, consideramos, tampoco ha significado la mejora en la calidad de vida de los propios trabajadores en su gran mayoría.

Estos hechos, aunados a muchos otros, hacen relevante, preciso y necesario, un nuevo marco normativo regulatorio de la actividad de los servidores públicos que garantice un sistema de carrera pública que ofrezca a los servidores de la Administración Pública un plan de vida futuro, logrando así su profesionalización en las función pública, lo cual va a significar que quienes formen parte del Estado en calidad de servidores estatales, sean especialistas en función pública con especial predominio de la meritocracia. Ello, sumado a la garantía y respeto de los derechos fundamentales laborales, logrará como resultado final un servicio público eficiente en el cual la atención a los ciudadanos y la tutela de los intereses generales sean el común denominador en toda actuación estatal en todos los niveles y escalas de Gobierno.

II. El título preliminar

El Título Preliminar nos describe tanto el objeto, la finalidad, los principios y lineamientos generales del servicio civil. Así tenemos que el objeto es establecer reglas necesarias para promover un servicio civil meritocrático, idóneo, orientado al ciudadano y la protección de los intereses generales del país. En cuanto a su finalidad, esta consiste en que el Estado alcance mayores niveles de eficacia y eficiencia y preste efectivamente servicios de calidad a través de un mejor servicio civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran.

Aquí nuestra primera observación, pues consideramos que tanto el objeto como la finalidad deben estar orientados en primer término al desarrollo profesional de los trabajadores que lo integran, antes que al establecimiento de "reglas necesarias". Consideramos que solo garantizando una línea de carrera fundada en la meritocracia y con el pleno respeto y garantía de los derechos laborales de los servidores estatales, podremos obtener un Estado eficaz y eficiente, no viceversa. Pareciese que se estuviera manteniendo la estructura estatutaria rígida (supeditada al Derecho Administrativo) del Decreto Legislativo N° 276, no teniendo en cuenta que el Estado como empleador debe evolucionar y con él, las normas y sistemas que rigen las relaciones con sus empleados.

En ese sentido, convenimos plenamente con Helena Pinilla(5), especialista en gestión de recursos humanos, cuando señala que "el objetivo detrás de la reforma es mejorar la calidad de los servicios que presta el Estado, y que ello no se puede lograr cambiando estructuras, cambiando sistemas, mejorando infraestructura, si es que no se trabaja con el principal activo de toda organización, que es la gente". Agregando que "si se quiere cambiar radicalmente la calidad de la gestión, la reforma del empleo público debe realizarse pensando en transformar a los trabajadores en servidores públicos orgullosos, satisfechos y contentos". Entonces, si partimos por establecer que el objeto y la finalidad de esta reforma no lo son en primera mano los servidores estatales, sino por el contrario, el servicio estatal, entonces estamos repitiendo más de lo mismo y a costa de no lograrlo, pues la realidad respecto a un servicio estatal deficiente, es clara y evidente. Por ende, válidamente concluimos que primero son los servidores, y a partir de ello, recién se podrá garantizar un servicio estatal eficaz y eficiente.

Respecto a los principios del servicio civil, se establecen en el siguiente orden los siguientes: a) Mérito, b) Instrumentalidad del Servicio Civil, c) Transparencia, d) Ingreso reglado, e) Igualdad de oportunidades, f) Eficacia, g) Provisión presupuestaria y sostenibilidad de las finanzas del Estado, h) Especialidad normativa, i) Legalidad, j) Imparcialidad, k) Probidad y ética pública, 1) Rendición de cuentas, y m) Preservación de la continuidad de las políticas del Estado.

Conforme podemos apreciar, brillan por su ausencia los principios laborales, que no pueden ni deben ser ajenos a ninguna relación laboral, y ello incluye al Estado. La falta de regulación expresa de estos principios laborales no hace más que generar un margen de incertidumbre en los trabajadores y se evidencia el carácter estatutario que estaría configurándose en este proyecto de Ley, donde prevalecen principios de orden presupuestal frente a la inexistencia de principios pilares como el principio protector. Ello queda evidenciado cuando la norma refiere expresa y taxativamente que "los operadores de la norma deberán privilegiar los principios de instrumentalidad y necesidad del Estado, de provisión presupuestaria y sostenibilidad de las finanzas del Estado y de especialidad normativa". Prueba de ello, es que a lo largo de la propuesta normativa,

(4) Ídem.

(5) Citada en el documento denominado "En el Camino de la Reforma del Empleo Público", publicado por el Congreso de la República y el Programa Pro Descentralización –PRODES– octubre, 2005, p. 21.

se encubre la relación laboral bajo un denominado "vínculo jurídico" o la remuneración como "prestación", como si este tipo de postulados dejan de hacer del servidor público un trabajador que tiene amparo constitucional al igual que un trabajador del sector privado, salvo las específicas restricciones y limitaciones impuestas en la propia Constitución.

Amén de establecer estas articulaciones, debemos señalar enfáticamente que el marco normativo de orden legal, no puede desconocer las disposiciones constitucionales. Teniendo presente que la Constitución al regular derechos laborales, no hace distingo ni exclusión alguna con base en la naturaleza del empleador, entonces, válidamente un juez o un Tribunal Arbitral podrá –y como viene sucediendo además– inaplicar el texto de la ley para dar preferencia a los derechos de orden constitucional.

La jurisprudencia comparada, en palabras de la Corte Constitucional colombiana, nos da una visión clara de lo que vienen a ser los fines constitucionales de la carrera administrativa. Así, tenemos que en su sentencia N° C-431/10[6] estableció que "el sentido de esta previsión consiste en garantizar, de una parte, la igualdad de oportunidades de los trabajadores para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas –tal y como ello se establece en los artículos 40 y 53 de la Carta Política–. De otra parte, en asegurar: (i) la protección de los derechos subjetivos de los trabajadores a la estabilidad y permanencia en el cargo; (ii) los beneficios propios de la condición de escalafonado; (iii) el sistema de retiro del cargo. También busca lograr que (iv) la función pública se ejerza de manera eficiente y eficaz. De esta manera, es precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determina el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio (…)".

No podemos dejar de mencionar que resulta importante el haber regulado como primer principio el "mérito", por el cual se establece que desde el ingreso, la permanencia, la mejora en las compensaciones y la movilidad en el servicio civil se basa en la aptitud, actitud, desempeño y capacidad de los postulantes y de los servidores. Este punto es muy positivo y apremiante para una nueva estructura, lamentablemente queda aislado, por las situaciones antes expuestas.

Estamos convencidos de que un sistema de ingreso y permanencia basado en el mérito, promociona y garantiza el respeto a los principios de igualdad e imparcialidad, logrando que al Estado se incorporen los mejores y más capacitados profesionales, dejándose de lado de manera definitiva, el ingreso basado en el clientelismo político, favoritismo y nepotismo disfrazado en el intercambio de familiares a nivel de entidades estatales. Por ello, consideramos que el mérito es un criterio fundamental para determinar el acceso, ascenso y término de la función pública.

Finalmente, respecto a los lineamientos generales de la gestión del servicio civil, estos vienen a ser consideraciones complementarias a los principios, destinados a la búsqueda de eficacia y eficiencia, objetividad, transparencia e imparcialidad, buscando promover en los servidores estatales una actitud proactiva y de enfoque al ciudadano.

III. Las disposiciones generales

Se define el servicio civil como el régimen legal que rige a las personas al servicio del Estado, el cual promueve un servicio civil meritocrático, idóneo, orientado al ciudadano y a la protección del interés general y procura el desarrollo de las personas que lo conforman.

Se establece como ámbito de aplicación exclusivo a quienes prestan servicios al Estado, así como aquellos que están encargados de su gestión, el ejercicio de sus potestades y la prestación de servicios a cargo de aquel.

Se establece que supletoriamente las disposiciones sobre principios, gestión del servicio civil, ética, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades y régimen disciplinario son de aplicación para las carreras especiales. Esta precisión se hace, pues el proyecto refiere más adelante que no resulta de aplicación a los regímenes laborales especiales: propiamente abarca los tres regímenes laborales a los cuales nos hemos referido previamente. Para los efectos del proyecto, los servidores civiles se clasifican en los siguientes grupos:

a) **Funcionario público.-** Es un representante político, con confianza política originaria (cuando es elegido por voto popular) y con confianza política derivada (cuando es designado por otro funcionario público), que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.

b) **Directivo público.-** Comprende a los servidores civiles que desarrollan funciones relativas a la dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial. Estos servidores organizan los recursos a su cargo, velan por el logro de los objetivos asignados y supervisan el logro de metas de

(6) Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-431-10.htm>.

los servidores civiles bajo su responsabilidad. También comprende a los vocales de Tribunales Administrativos.

c) **Servidor civil de carrera.-** Son aquellos servidores civiles que realizan labores directamente vinculadas con: (i) el ejercicio de la función administrativa, incluyendo funciones de supervisión y control, (ii) la prestación de servicios públicos y, en general (iii) con la gestión institucional, dirigidas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna intrínsecas de una entidad.

d) **Servidor de actividades complementarias.-** Constituido por el grupo de servidores que realizan labores de soporte, complemento, manuales u operativas respecto a las funciones sustantivas y de administración interna realizadas por cada entidad.

La norma incluye en el servicio civil a los servidores de confianza, entendiéndose por estos, a aquellos que forman parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios o directivos públicos, y no están sujetos a un concurso público. Su contratación se da sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que los designa.

Asimismo, se define al sistema administrativo de gestión de recursos humanos, como aquel que establece, desarrolla y ejecuta la política de Estado respecto del servicio civil del Sector Público, precisando que este comprende el conjunto de normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas utilizados por las entidades del Sector Público en la gestión de los recursos humanos. Se crean las denominadas Familias de Puestos, las cuales agrupan a los puestos que tienen funciones, características y propósitos similares. Cada familia de puestos está dividida en niveles y a cada una de estas le corresponde una banda remunerativa que en su conjunto conforma la escala de remuneraciones.

En este extremo debemos tener presente que la transformación de la gestión de los recursos humanos en el Sector Público forma parte de un proceso más amplio, que cambios en la organización y funcionamiento del aparato administrativo del Estado. Se ha hablado de reformas en la gestión pública o de nueva gestión pública para referirse a estos procesos que, además de la gestión de los recursos humanos, se extienden a la gestión del presupuesto, de la estructura de la administración y las formas de prestación de servicios.

Como bien señala Lidya Arbaiza[7], las modificaciones en la administración de los recursos humanos en el sector público forman parte de un proceso más amplio de cambios en el Estado. En América Latina se han evaluado reformas en la gestión pública; además de la gestión de los recursos humanos, se han extendido a la gestión del presupuesto, al gobierno corporativo, entre otros; así también, refiere que si bien el Estado no debe adoptar un modelo de empresa, se observan ciertas adaptaciones de eficiencia más parecidas a las del mundo privado. Más allá de la burocracia, de la administración científica, del taylorismo (cercano a 1920), en nuestro tiempo se aprecia la búsqueda de una mayor diversidad y pluralidad en la organización del *management* moderno. En tal sentido, consideramos que la clasificación presentada en el proyecto, resulta precisa en cuanto a las características de cada uno de los cuatro grupos, situación totalmente distinta a la clasificación efectuada en el Decreto Legislativo N° 276.

IV. Gestión del servicio civil

Respecto a la organización del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se establece que Servir es el ente encargado de formular la política nacional del servicio civil. Ejerce la rectora del sistema y resuelve las controversias, de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1023 y disposiciones modificatorias.

Por su parte, las oficinas de recursos humanos de las entidades, o las que hagan sus veces, que constituyen el nivel descentralizado responsable de implementar las normas, principios, métodos, procedimientos y herramientas técnicas del sistema, en el marco de lo dispuesto por Servir.

La existencia de un servicio civil desestructurado y desordenado es el resultado del desorden normativo, en materia de gestión de recursos humanos en el Estado. Como bien refiere el documento "El Servicio Civil peruano"[8], existen más de 500 normas sobre el servicio civil, más de 102 escalas remunerativas en 82 entidades del Poder Ejecutivo, más de 400 reglas diferentes que regulan el pago a los servidores públicos y más de 198 conceptos de pago, entre remunerativos y no remunerativos. En este contexto, se dio la creación de Servir como un organismo técnico especializado y rector del sistema administrativo de gestión de recursos humanos del Estado, encargado de establecer, desarrollar y ejecutar la política del Estado respecto del servicio civil. Servir ha venido desarrollando acciones en los últimos tres años, enmarcadas en los aspectos más urgentes identificados para iniciar la reforma del servicio civil:

(7) ARBAIZA Lydia. "Análisis de la problemática de empleo en el sector público latinoamericano". Artículo publicado en el portal web: <www.conexionesan.com>.

(8) "El Servicio Civil Peruano. Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma". Mayo, 2012. El documento se encuentra en el portal web de Servir: <www.servir.gob.pe>.

(i) Capacitación, (ii) rendimiento, (iii) profesionalización del cuerpo directivo y (iv) resolución de controversias. En suma, consideramos que es necesaria la existencia de un ente como Servir que –consideramos– viene realizando una excelente labor. Lamentablemente, recientemente la Ley de Presupuesto para el sector Público, Ley N° 29951, ha dispuesto en su centésima Tercera Disposición Complementaria Final la derogatoria del literal b) del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023, por lo que el Tribunal del Servicio Civil ya no se abocará al conocimiento de controversias referidas al pago de retribuciones en el sector estatal, lo cual consideramos errado y contrario a una verdadera reforma del servicio civil.

V. Incorporación y causas de término

Se establece de manera genérica que el proceso de selección es el mecanismo de incorporación al grupo de directivos públicos, servidores civiles de carrera y servidores de actividades complementarias, buscando seleccionar a las personas más idóneas, sobre la base del mérito, competencia y transparencia, garantizando la igualdad en el acceso a la función pública. Sin embargo, remite a las normas reglamentarias la tarea de desarrollar las reglas que rigen los procesos de selección.

Este extremo resulta delicado, en la medida que la ley es la encargada de establecer los parámetros sobre los cuales las normas reglamentarias puedan avocarse a regular los procesos de selección; caso contrario, puede suceder que el Reglamento al no tener parámetro alguno, termine desarticulando el propósito y finalidad de la ley. Asimismo, entre los requisitos para acceder al servicio civil, se requiere:

a) Estar en ejercicio pleno de sus derechos ciudadanos.

b) Cumplir con los requisitos mínimos exigidos para el puesto.

c) No tener condena por delito doloso.

d) No estar inhabilitado administrativa o judicialmente, para el ejercicio de la profesión, para contratar con el Estado o para desempeñar función pública.

   Tener la nacionalidad peruana, en los casos que la naturaleza del puesto lo exija, conforme a la Constitución Política y a las leyes específicas.

e) Los demás requisitos previstos en la Constitución y las leyes.

En este extremo, entendemos que la norma reglamentaria se encargará de precisar concretamente lo señalado en el último literal, además de precisar el requisito de no tener condena por delito doloso, toda vez que entendemos que la referencia a esta causal es que a la fecha de postulación no exista una condena vigente.

Es de precisar que conforme a lo señalado en la Cuarta Disposición Transitoria, los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276 y 728 podrán trasladarse voluntariamente y previo concurso al nuevo régimen, siendo las normas reglamentarias las que establecerán las condiciones con las que se relanzarán estos concursos. Asimismo, la Quinta Disposición Transitoria establece que las entidades desde el inicio del proceso de implementación están autorizadas a reubicar de puesto a quienes presten servicios en ella, incluso si pertenecen al régimen de los Decreto Legislativos N°s 276 o 728 o cualquier carrera o régimen especial. Lo señalado llama nuestra atención, pues con este tipo de atribuciones se estaría avalando la existencia de abusos por parte de los funcionarios públicos, que no tendrían reparo alguno para incurrir en sendos actos de hostilidad, generando una avalancha de reclamos administrativos y/o judiciales.

VI. Causas de suspensión y terminación

Se establece que la participación en el servicio civil termina con la conclusión del vínculo que une a la entidad con el servidor civil. Se sujeta a las causales previstas en la presente Ley. Asimismo, se establece como causales de suspensión perfecta, los siguientes casos:

a) El caso fortuito y la fuerza mayor.

b) La sanción disciplinaria que conlleve la suspensión del trabajador.

c) El ejercicio del derecho de huelga.

d) La detención del servidor.

e) La inhabilitación para el ejercicio profesional o judicial por periodo no superior a tres meses.

f) El permiso o licencia concedidos por la entidad.

g) La maternidad durante el descanso pre y posnatal.

h) La sentencia de primera instancia por delitos de terrorismo, narcotráfico, corrupción o violación.

i) El ejercicio de cargos políticos de elección popular que requieran desempeñarse a tiempo completo.

En los casos previstos en el literal h), de no confirmarse la sentencia contra el servidor, este podrá reingresar al mismo nivel, una vez que dicha sentencia quede firme.

Respecto a esta última precisión, estamos convencidos de que ello va a generar la existencia de causas judiciales, por el lucro cesante y daño moral que se pudiera ocasionar al trabajador, producto de la suspensión de su relación laboral, debido a una sentencia que no tiene la calidad de cosa juzgada, por ende, no es coercible ni inmutable. Asimismo, se establece como causas de suspensión imperfecta los siguientes casos:

a) La enfermedad y el accidente comprobados, de acuerdo al plazo establecido en la normativa sobre seguridad social.

b) La invalidez temporal, de acuerdo al plazo establecido en la normativa sobre seguridad social.

c) El descanso vacacional .

d) El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales.

e) Licencias con goce de haber.

Finalmente, se establece que la participación en la formación para ser directivo público en la Escuela Nacional de Administración Pública puede originar suspensión perfecta o imperfecta, según fuera el caso. Consideramos que en la medida que la formación como directivo representa una mejora en el servicio estatal y se da mientras exista una relación laboral, persiste la obligación del Estado de abonar la remuneración al trabajador estatal. Por ende, esta situación no puede ser considerada como causal de suspensión perfecta.

Respecto a la terminación, se establece que el servicio civil concluye por:

a) Fallecimiento.

b) Renuncia.

c) Jubilación.

d) Mutuo acuerdo.

e) Alcanzar el límite de edad de setenta años.

f) Pérdida de la nacionalidad peruana, en los casos en que la naturaleza del puesto la exija como requisito para acceder al servicio civil.

g) Destitución por causa relativa a la conducta del servidor: en los casos de comisión de faltas éticas disciplinarias graves, condena penal por delito doloso, condena penal por delito culposo y la inhabilitación para el ejercicio profesional o judicial, para el ejercicio de la función pública, conforme a lo dispuesto en el Reglamento.

h) Cese por causa relativa a la capacidad del servidor: en los casos de ineficiencia comprobada, así como la incapacidad permanente física o mental que impida el ejercicio de las funciones, declarada conforme a Ley.

i) No superar el periodo de prueba.

j) Supresión del puesto debido a causas tecnológicas, estructurales u organizativas, entendidas como las innovaciones científicas o de gestión o nuevas necesidades derivadas del cambio del entorno social o económico, que llevan cambios en los aspectos organizativos de la entidad.

k) Extinción de la entidad por mandato normativo expreso.

Se deja en manos de las normas reglamentarias las condiciones y procedimientos aplicables. Se precisa también, que en el caso de los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción y los servidores de confianza, el vínculo también podrá extinguirse por decisión discrecional.

Respecto a lo señalado en el literal “j”, mostramos nuestra disconformidad, en la medida que esta suerte de disposiciones, contravienen el principio de unidad del Estado. A diferencia del empleador privado, el Estado es uno e indivisible, por lo que los cambios organizativos y/o estructurales, si bien pueden suprimir el puesto, no pueden suprimir al trabajador como tal, debiendo adoptarse las medidas necesarias para garantizar su permanencia en el empleo, caso contrario, se estaría vaciando el contenido esencial de su derecho constitucional al trabajo.

VII. Derechos y obligaciones del personal del servicio civil

Entre los principales derechos de los trabajadores llama nuestra atención el derecho vacacional, respecto del cual se concede 30 días por cada año de servicios, cumpliéndose así el requisito de la posanualidad prevista en el artículo 25 de la Constitución en concordancia con la normativa internacional; sin embargo, se precisa que el Poder Ejecutivo, mediante decreto supremo podrá establecer que hasta quince (15) días de dicho periodo se ejecuten de forma general. Se respeta la jornada máxima de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales, así como el descanso semanal obligatorio de veinticuatro (24) horas consecutivas como mínimo y un tiempo de refrigerio, que no forma parte de la jornada de trabajo.

Los servidores podrán gozar de los derechos a que hace referencia la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo; así como contar con un seguro de vida en los casos y con las condiciones y límites establecidos por las normas reglamentarias. Asimismo, se les garantiza defensa y asesoría legal, asesoría contable, económica o afín, por actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, precisándose que si al finalizar el proceso, se demostrara responsabilidad, el servidor civil deberá reembolsar el costo del asesoramiento y defensa especializados.

Se encarga a las normas reglamentarias establecer la forma y los límites como se aplicarán los derechos previstos en el presente artículo a los funcionarios y directivos públicos, considerando la especial naturaleza de su relación con el Estado.

Como podemos apreciar, muchos aspectos importantes que por su trascendencia deben ser objeto de tratamiento legal, están siendo derivados

a las normas reglamentarias, lo cual genera preocupación.

Respecto a la destitución declarada nula o injustificada por el Tribunal del Servicio Civil o el juez, otorga el derecho al servidor a solicitar el pago de una indemnización o la reposición. En caso de que la entidad se haya extinguido o esté en proceso de hacerlo, solo corresponde la indemnización. Aquel servidor repuesto lo será en su puesto u otro del mismo nivel. Todo servidor repuesto se sujeta a los mismos deberes, derechos y condiciones aplicables a los servidores de su grupo. Es nula la destitución que se fundamente en discriminación por razón de origen racial o étnico, religión, discapacidad, edad, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad y sexo. Se establece que las normas reglamentarias establecerán la indemnización. No procede reposición ni indemnización en el caso de los servidores de confianza.

Vemos que si bien es cierto se sigue manteniendo el derecho a la estabilidad a través de la tutela resarcitoria (indemnización) como restitutoria (reposición), el abanico de causales de una destitución nula se hace cada vez más cerrado, lo cual consideramos errado, pues todo acto de discriminación debe traer como consecuencia la readmisión en el empleo público. Con la redacción actual, la madre gestante y el trabajador sindicalizado quedan de plano desprotegidos.

Por otro lado, reconociendo las particularidades de los cargos de confianza, consideramos que su destitución, cuando esta obedezca a un acto de discriminación o afectación de derechos fundamentales, debe merecer tutela resarcitoria a través de la indemnización; caso contrario, estaríamos avalando un abuso del derecho por parte de quienes en representación del Estado empleador, no tienen límite en su accionar frente al personal de confianza, lo cual no soporta un mínimo análisis de razonabilidad.

La prescripción de la acción de cobro de las remuneraciones, beneficios sociales y otros derechos derivados de la compensación económica de los servidores del Servicio Civil, tiene plazo de dos años y su cómputo se inicia al extinguirse la relación con la entidad en la que se generó el derecho que se invoque.

En armonía con lo previsto en el artículo 40 de la Constitución Política, se establece que los servidores del Servicio Civil no pueden percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado. Las únicas excepciones las constituyen la función docente efectiva y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas estatales o en Tribunales Administrativos o en otros órganos colegiados. Queda prohibida la percepción de remuneración por dedicación de tiempo completo en más de una entidad pública a la vez.

Respecto a las principales obligaciones de los servidores civiles, resalta el hecho de establecer como obligación consistente en no emitir opiniones ni brindar declaraciones en nombre de la entidad, salvo autorización expresa del superior jerárquico competente o cuando ello corresponda por la naturaleza del puesto.

Dicha obligación-prohibición, estaría limitando el derecho a la libertad de expresión que todo ciudadano tiene, independientemente de ser trabajador público o privado, pues la fórmula "en nombre de la entidad" resulta ambigua o por decirlo menos imprecisa, dando lugar a que todo tipo de declaraciones y opiniones, sean cuestionadas o sancionadas, lo cual resulta lesivo para el ejercicio de un derecho fundamental de primer orden.

Resulta preciso que se establezca como prohibición el participar o intervenir por sí o por terceras personas, directa o indirectamente, en los contratos con su entidad o cualquier otra entidad del Estado, en los que tenga interés el propio servidor, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Asimismo, se establece como deber de todo servidor, el someterse a las evaluaciones que se efectúen en el marco de la ley, dejándose una cláusula de remisión para tipificaciones de nuevos deberes, en las normas reglamentarias y otras que regulan el Servicio Civil, en cuanto fueran aplicables.

VIII. Derechos colectivos

Se establece que los derechos colectivos de los servidores civiles son aquellos establecidos en la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales, ratificados por el Estado sobre la materia. El proyecto de manera errada establece que el ejercicio de estos derechos se sujeta a lo establecido en las normas reglamentarias.

Se confiere al personal del servicio civil, la potestad de organizarse por entidades con fines de defensa de sus intereses. Las organizaciones de servidores civiles deberán coadyuvar en el propósito de mejora continua del servicio al ciudadano y no afectar el funcionamiento eficiente de la entidad o la prestación del servicio. La autoridad no deberá promover actos que limiten la constitución de organismos sindicales o el ejercicio del derecho de sindicación.

No obstante, no existe impedimento alguno para que los servidores puedan agruparse no solo a nivel de entidades, sino por el grado profesional, categorías, entre otros; caso contrario, existiría limitaciones al derecho de sindicalización.

Un hecho que llama nuestra atención, es el establecer que el personal en el Servicio Civil tiene derecho a solicitar condiciones de trabajo,

condicionado a las posibilidades de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen, bajo sanción de nulidad. Esta situación genera en buena cuenta que los trabajadores no podrán solicitar el incremento de sus remuneraciones, pues la norma lo limita a las condiciones de trabajo, definiendo por estas a jornada de trabajo, permisos, licencias, local sindical, capacitación, uniformes, ambiente de trabajo y, en general, todas aquellas que faciliten la actividad del servidor civil para el cumplimiento de sus funciones. En ningún caso se considerarán aquellas que impliquen actos de administración, ni las que requieran recursos adicionales a los asignados a la entidad y no comprende incrementos en las compensaciones económicas.

Incurriendo o ratificando una conducta inconstitucional regulada en la Ley de Presupuesto para el Sector Público, si se limita el arbitraje es sobre condiciones de trabajo o empleo, con un plazo de vigencia no menor de dos (2) años. Los acuerdos o laudos arbitrales no son de aplicación a los funcionarios públicos, directivos públicos ni a los servidores de confianza. Es nulo todo pacto en contrario. El acuerdo o el laudo arbitral podrán ser impugnados en caso de no haberse observado los requisitos, formalidades y límites, cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o cuando dicha resolución contradiga la legalidad vigente.

Al respecto, debemos tener presente que la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 "Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013", establece que los procedimientos de negociación colectiva o arbitraje laboral se desarrollan con sujeción a las normas de derecho respectivas vigentes y solo podrán contener condiciones de trabajo, las mismas que se financian con cargo a la disponibilidad presupuestaria de cada entidad, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público. Dicha disposición establece que son nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones o los laudos arbitrales que se adopten en violación de lo dispuesto en la indicada norma, y que los árbitros que incumplan lo dispuesto en ella no podrán ser elegidos en procesos arbitrales de negociaciones colectivas en el Sector Público, de conformidad con las disposiciones que, mediante decreto supremo, establecerá el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos.

En ese orden de ideas mediante Decreto Supremo N° 019-2012-TR publicado a finales del año pasado, se ha establecido que las entidades y empresas del Estado están obligadas a informar por escrito a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de notificado el respectivo laudo arbitral, los nombres de los árbitros que hubieran incumplido lo establecido en la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Se refiere además, que los árbitros que incumplan lo establecido por la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, no podrán ser elegidos como tales en procesos arbitrales de negociaciones colectivas en el Sector Público, por un plazo mínimo de dos (2) hasta cinco (5) años, ello sin perjuicio de iniciar el procedimiento administrativo sancionador previsto en la Ley N° 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General".

Conforme podemos apreciar, en proyecto de Ley, guarda armonía con la Ley de Presupuesto Público ya aprobada y con una marcada y evidente inconstitucionalidad, pues lo que se está haciendo es limitar el derecho de negociación colectiva que tiene rango constitucional y cuyo fomento es un mandato al legislador, sucediendo todo lo contrario con este tipo de disposiciones.

Entonces, cabe la pena preguntarnos, si realmente un árbitro está impedido de laudar frente a limitaciones legales como la descrita; nosotros consideramos que no, pues el árbitro ejerciendo jurisdicción –arbitral– está vinculado en primer término por la Constitución, pudiendo pasar por alto este tipo de disposiciones inconstitucionales. A manera de referencia, podemos citar el laudo arbitral de fecha 15 de diciembre de 2011, correspondiente al pliego de peticiones 2010-2011 seguido entre el Sindicato de Obreros Municipales de Pueblo Libre - Sindobremun y la Municipalidad de Pueblo Libre, en cuyo caso el árbitro único estableció de manera enfática que en los procedimientos arbitrales no deben aplicarse las normas legales que vuelven inoperante al derecho de negociación colectiva, de esta manera, señaló que "la jurisdicción arbitral en materia laboral tiene sólidas bases constitucionales y los árbitros en su rol de jueces privados, están obligados a velar por el respeto de la Constitución, al punto que un numeroso sector de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han señalado con claridad que los árbitros tiene la facultad para ejercer control constitucional difuso"[9]. Dicho pronunciamiento da muestra de otros laudos arbitrales[10], como son:

(9) Fundamento jurídico 47 del laudo expedido por el árbitro único, Dr. Raúl Guillermo Saco Barrios. El texto íntegro del referido laudo está colgado en el portal de transparencia del Ministerio de Economía y Finanzas <www.mef.gob.pe>.

(10) Fundamento jurídico 46 del laudo.

- Laudo arbitral de fecha 8 de agosto de 2008 en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores Administrativos de Petróleos del Perú con Petroperú.
- Laudo arbitral de fecha 24 de junio de 2008 en los seguidos por la Coalición Nacional de Sindicatos de Petróleos del Perú con Petroperú.
- Laudo arbitral de fecha 31 de julio de 2007 en los seguidos por la Coalición Nacional de Sindicatos de Petróleos del Perú con Petroperú.
- Laudo arbitral de fecha 4 de enero de 2007 en los seguidos por el Sindicato de trabajadores del Gobierno Regional del Callao con el Gobierno Regional del Callao.
- Laudo arbitral de fecha 14 de diciembre de 2006 en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores de la Comisión Nacional de Empresas y Valores (Sitconasev) con la Conasev.
- Laudo arbitral de fecha 26 de enero de 2006 en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores de la Comisión Nacional de Empresas y Valores (Sitconasev) con la Conasev.

  En todos estos laudos arbitrales, se reafirma la autonomía y competencia que tiene la jurisdicción arbitral para resolver controversias laborales en el Sector Público sin la imposición de limitaciones por normas presupuestarias, lo cual ha sido revalidado por el Poder Judicial[11], en las siguientes causas.

- Ejecutoria Suprema de fecha 5 de diciembre del 2000 expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia en la acción de impugnación de laudo arbitral del 31 de enero de 2000 incoada por Petroperú.
- Ejecutoria suprema de fecha 13 de agosto de 2008 de la Primera Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia (recaída en la apelación N° 137-2008-Lima) interpuesta por la Sunarp con el Sindicato de trabajadores de la Zona Registral IX, Sede Lima.
- Ejecutoria suprema de fecha 7 de enero de 2009, emitida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia (recaída en la Apelación N° 0858-2008-Lima) interpuesta por la Superintendencia de Registros Públicos con la Federación de trabajadores del Sistema Nacional de Registros Públicos.

En estos pronunciamientos se establece que las normas presupuestarias deben respetar el contenido esencial del derecho constitucional de negociación colectiva, por lo que sus restricciones solo pueden afectar la capacidad de oferta de las entidades estatales, sin trascender a la parte sindical y mucho menos a los tribunales arbitrales.

El arbitraje laboral tiene respaldo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien en calidad de supremo intérprete de la Constitución en su sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC (fundamento 35), ha señalado que: "A tenor del inciso 2 del artículo 28 de la Constitución, la intervención del Estado o de entes o personas de la sociedad civil en el régimen privado deben observar dos aspectos muy concretos, a saber: a) Fomentar el convenio colectivo y b) Promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales en caso de existencia de discrepancias entre los agentes negociadores de la convención colectiva (…). En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada. En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje".

Resulta oportuno y preciso lo señalado en el laudo arbitral de fecha 10 de diciembre de 2012[12], en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores de la Zona Registral IX, sede Lima contra la Sunarp correspondiente al pliego de reclamos 2012-2013, donde se invoca el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical recaído en la queja presentada contra el Gobierno peruano (caso 2690), donde expresamente se señala que: "En estas condiciones, al tiempo que, según lo informado por la organización querellante y que confirma el Gobierno y la Sunat, invocando razones presupuestarias, los representantes de la Sunat solo se niegan a negociar condiciones de trabajo de carácter económico con incidencia presupuestaria, pero no otras condiciones de empleo, el comité subraya que la imposibilidad de negociar aumentos salariales de manera permanente es contraria al principio de negociación libre y voluntaria consagrado en el Convenio N° 98 y pide al Gobierno que promueva mecanismos idóneos para que las partes puedan concluir un convenio colectivo en un futuro próximo. El Comité pide al Gobierno que le mantenga informado al respecto".

A tenor de lo señalado, podemos concluir que el arbitraje laboral no solo tiene sustento en lo previsto en el artículo 139.1 de la Constitución, sino que además se complementa con lo señalado en el artículo 28.2

(11) Fundamento jurídico 41 del laudo.

(12) El referido laudo arbitral conjuntamente con otros pronunciamientos arbitrales sobre arbitraje laboral en el Sector Público puede descargarse en nuestro blog personal "Bringas & Basualdo - Consultas legales", en la bitácora Derecho Laboral Público: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/consultaslegales>.

de la Constitución[13], en el que sus fundamentos se enmarcan a dilucidar una controversia laboral que puede versar sobre conceptos tan sensibles como lo es la remuneración, por ello, la propia Constitución impone la obligación de promover todos aquellos medios pacíficos de solución de controversias (como el arbitraje) a efectos de evitar todo tipo de confrontaciones directas buscando armonizar los intereses en juego de una manera equilibrada. Por tanto, el legislador tiene la obligación de promover la solución pacífica de los conflictos colectivos, y no puede ejercer su labor normativa en forma contraria con este mandato constitucional, por lo que recortar las posibilidades de actuación del arbitraje para las partes y, sobre todo, a los propios árbitros, contraviene los derechos y valores constitucionales que venimos señalando.

Respecto al derecho de huelga se establece que su ejercicio es de manera extraordinaria, una vez agotado el uso de los mecanismos de mediación, debiendo notificarse con la debida anticipación. Se precisa que debe garantizarse la prestación de los servicios esenciales y el cumplimiento de actividades indispensables para el funcionamiento de la entidad y los servicios públicos y actividades que esta preste.

La norma no habla sobre restricciones a este derecho, por lo que cabe recordar lo previsto en la Constitución donde se señala textualmente que se encuentran impedidos de ejercer el derecho de huelga: i) Los funcionarios de la Administración Pública con poder de decisión o con cargo de confianza o de dirección (artículo 42 de la Constitución); ii) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42 de la Constitución), y los jueces y fiscales (artículo 153 de la Constitución).

Sin perjuicio de lo señalado en la Constitución Política, nosotros consideramos que no es aceptable dejar a los funcionarios fuera de la posibilidad de ejercer el derecho de huelga sobre la base de que sus intereses privados deben estar siempre supeditados a los intereses generales de la Administración, a la que sirven. Esto es debido a que también debe ser derecho de los funcionarios poder pedir cambios en su prestación de servicios mediante la realización de una huelga, siempre y cuando respeten el mantenimiento de unos servicios mínimos que puedan satisfacer, en la medida de lo posible, a los ciudadanos sus intereses. Esta posición que puede sobar descabellada en ordenamientos legales como el nuestro, es plenamente aceptable en países como España, donde por mandato de su Constitución, los funcionarios públicos pueden ejercer este derecho.

IX. Los funcionarios públicos y servidores de confianza

Se establece que el funcionario público es aquel que ejerce atribuciones normativas, entendidas como la facultad de diseñar y aprobar normas o reglas de carácter general, en el ámbito y materias de su competencia, y funciones administrativas, entendidas como actos de dirección y de gestión interna. Se clasifican en:

a) **Funcionario público de elección popular, directa y universal.-** Es el elegido mediante elección popular, directa y universal, como consecuencia de un proceso electoral conducido por la autoridad competente para tal fin. El ingreso, permanencia y término de su función están regulados por la Constitución Política del Perú y las leyes de la materia[14].

b) **Funcionario públicos de designación o remoción regulada.-** Es aquel cuyos requisitos, proceso de acceso, periodo de vigencia o causales de remoción, están regulados en norma especial con rango de ley[15].

c) **Funcionario público de libre designación y remoción.-** Es aquel cuyo acceso al Servicio Civil se realiza por libre decisión del funcionario público que lo designa, basada en la confianza para realizar funciones de naturaleza política[16].

La norma establece que la compensación para los funcionarios se aprueba con voto aprobatorio de Consejo de Ministros. Destaca el hecho de establecer que todo funcionario público deberá contar con

(13) Los Convenios 87 y 98 de la OIT, incluyen en su ámbito de aplicación a los trabajadores privados y a los públicos, con las únicas excepciones previstas por la propia Constitución del Estado y amparadas también en las normas internacionales. Así lo han sostenido reiteradamente el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. (La Libertad Sindical, Recopilación de Decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, párrafo 218. En el mismo sentido, los párrafos 219 a 222).

(14) Son funcionarios públicos de elección popular, directa y universal: a) Presidente de la República, b) Vicepresidentes de la República, c) Congresistas de la República, d) Presidentes, Vicepresidentes y Consejeros Regionales, e) Alcaldes, Teniente Alcaldes y Regidores.

(15) Son funcionarios públicos de designación y remoción: a) Magistrados del Tribunal Constitucional, b) Defensor del Pueblo y Defensor adjunto, c) Contralor General de la República y Vicecontralor, d) Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, e) Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, f) Director General y miembros del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura, h) Titulares, adjuntos, Presidentes y miembros del Directorio de los Organismos Constitucionalmente Autónomos, i) Titulares, adjuntos y miembros del directorio de entidades que cuenten con disposición expresa sobre la designación de sus funcionarios, j) Los jueces que integren el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, k) Fiscal de la Nación del Ministerio Público, l) Presidente de la Corte Suprema, m) Rectores y Vicerrectores de las universidades públicas, n) Titulares, adjuntos, presidente y miembros del Consejo Directivo de los Organismos Técnicos Especializados y Reguladores, p) Gobernadores, q) Aquellos señalados por norma con rango de ley, siempre que cumplan con lo dispuestos en la presente norma.

(16) Son funcionarios públicos de libre designación y remoción: a) Ministro de Estado, b) Viceministro, c) Secretarios Generales, d) Titulares, adjuntos presidentes y miembros de los órganos colegiados de entidades que no cuenten con disposición expresa sobre la designación de sus funcionarios, e) Gerente General del Gobierno Regional, f) Gerente Municipal.

estudios superiores o experiencia acreditada, así como cumplir con los requisitos mínimos establecidos para el puesto, de acuerdo a lo señalado en los documentos de gestión de la entidad o en la norma correspondiente, salvo en los casos de representación ciudadana; sin embargo, ello no es exigible a los ministros de Estado lo cual consideramos errado. Se establece además que se pierde la condición de funcionario público por:

a) Cumplimiento del plazo de designación.

b) Pérdida de la confianza o decisión unilateral de la autoridad que lo designó, para los casos de funcionarios públicos de libre designación y remoción.

En el caso de servidores de carrera que hayan sido designados como funcionarios públicos, el término de la designación no conlleva la conclusión del vínculo laboral con la entidad, salvo que se tratare de una distinta a la de su puesto primigenio, pudiendo, en ambos casos retomar al mismo. La terminación del vínculo jurídico de los funcionarios públicos con la entidad no genera pago compensatorio, otorgamiento de suma a título de liberalidad ni indemnización alguna.

Respecto a los servidores de confianza, se establece que en ningún caso el número será mayor al cinco por ciento (5%) del total de puestos previstos por la entidad, con un mínimo de dos (2) y un máximo de cincuenta (50) servidores de confianza, correspondiendo al Titular de la Entidad la determinación de su ubicación. Se establece que en el caso del Congreso de la República, esta disposición es supletoria respecto de sus propias normas. La inobservancia del porcentaje autorizado para la incorporación de servidores de confianza o el incumplimiento de los topes, no genera a favor de los contratados el derecho a permanencia ni beneficio distinto a la compensación que corresponda por los servicios prestados.

El vínculo entre los servidores de confianza y la entidad se establece en un contrato escrito de naturaleza temporal, cuya vigencia se condiciona a la confianza de quien los designa, y donde se precisan las condiciones de empleo, el puesto a ocupar y la remuneración a percibir.

X. Los directivos públicos

Se precisa que el ingreso a un puesto directivo público se realiza por concurso público de méritos realizado por cada entidad. Para ocupar un puesto directivo, los servidores de confianza, aun cuando no se requiere concurso, deberán cumplir con el perfil establecido para el puesto.

Los directivos públicos son designados por un periodo de tres (3) años, renovables hasta en dos (2) oportunidades, con excepción de quienes ejerzan la titularidad de entes rectores de sistemas administrativos. Están sujetos al periodo de prueba no menor de tres (3) ni mayor de seis (6) meses y a la evaluación anual de cumplimiento de metas de carácter institucional, conforme las reglas que se establezca en las normas reglamentarias.

La evaluación del desempeño de los directivos públicos se centra en la verificación y calificación del cumplimiento de metas definidas para el directivo público en el periodo de gestión, así como en la identificación de brechas de conocimientos y habilidades. Es anual e incluye a quienes están sujetos a la condición de confianza. La condición o calidad de directivo público concluye por: a) Incumplimiento de metas, b) Vencimiento del plazo del contrato y c) Asunción de cargo de funcionario público o de servidor de confianza.

El término por estas causales no da lugar a ninguna medida compensatoria ni indemnización a favor del directivo público. Se hace la salvedad que en el caso de servidores civiles de carrera que hayan sido seleccionados y/o designados como directivos públicos, el término de dicha designación no conlleva a la extinción del vínculo jurídico con la entidad, salvo que se tratase de una distinta a la de su puesto primigenio.

De lo expuesto, se evidencia que este grupo de servidores, pierden el derecho a estabilidad laboral en todos sus sentidos, lo cual puede representar un desincentivo para aquellos profesionales altamente capacitados, quienes prefieran permanecer en el Sector Privado, por la falta de protección ante la eventualidad del término de la relación laboral. Sobre el particular, para este tipo de servidores, resulta aplicable las consideraciones de la Corte Constitucional colombiana respecto a que todo tipo de cese, debe estar debidamente motivado, así en la sentencia N° T-289/11[17] estableció que: "La regla impuesta por la Corte Constitucional en sus diferentes fallos es que, quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia, pueda tenerse como válido solo cuando haya sido motivado, toda vez que solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación. Por ello, quien goza de la facultad nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para tales efectos. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación".

(17) Ver: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-289-11.htm>.

Nuestras conclusiones

1. En la actualidad, los regímenes laborales generales que se aplican en el ámbito estatal (Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 728 y Decreto Legislativo N° 1057), generan en primer términos tratos diferenciados entre quienes siendo empleados del Estado, deben ser sujetos de los mismos derechos y obligaciones en el marco de su relación laboral, lo que hace viable y necesario, la adopción de un marco normativo que garantice los derechos de estos trabajadores y fundado en la meritocracia, para poder brindar a la sociedad un servicio estatal eficiente y eficaz.

2. El objeto y la finalidad de esta nueva Ley, deben estar orientados en primer término al desarrollo de sus trabajadores, pues solo garantizando una línea de carrera fundada en la meritocracia y con el pleno respeto y garantía de los derechos laborales de los servidores estatales, podremos obtener un Estado eficaz y eficiente, no viceversa. Por ende, mantener una estructura estatutaria rígida (supeditada al Derecho Administrativo) no permitirá conseguir un mejor servicio a la sociedad.

3. Los trabajadores estatales no dejan de serlo por la denominación que se les dé, pues mantienen para sí, los derechos que les franquea la Constitución y los tratados internacionales, por ello, los principios que irradian este nuevo marco normativo, deben considerar los principios laborales que reconoce la Constitución Política, los cuales deben ser aplicados en forma conjunta y en armonía a los principios presupuestales constitucionales, acorde a los principios de interpretación constitucional de Unidad y Concordancia Práctica. Por tanto, es limitativo al ejercicio de los derechos laborales, establecer que los operadores de la norma deberán privilegiar los principios de instrumentalidad y necesidad del Estado, de provisión presupuestaria y sostenibilidad de las finanzas del Estado y de especialidad normativa.

4. El nuevo marco normativo debe estar encaminado a asegurar la protección de los derechos subjetivos de los trabajadores a la estabilidad y permanencia en el cargo, debiendo precisar que la estabilidad no debe justificar en modo alguno la ineficiencia e incapacidad comprobada. Así también, deben estar determinados por la Ley no el reglamento sino los beneficios propios de la condición de cada grupo de trabajadores; solo así podremos contar con una función pública eficiente y eficaz.

5. Es importante establecer como primer principio de este nuevo marco normativo, el "mérito", toda vez que un sistema de ingreso y permanencia basado en el mérito, promociona y garantiza el respeto a los principios de igualdad e imparcialidad, logrando la incorporación de los mejores y más capacitados profesionales, dejándose de lado de manera definitiva, el ingreso basado en el clientelismo político, favoritismo y nepotismo.

6. En el proyecto de Ley del Ejecutivo, muchos aspectos importantes que por su trascendencia deben ser objeto de tratamiento legal, están siendo derivados a las normas reglamentarias lo cual genera preocupación, ya que se pudiera dar paso a una regulación reglamentaria de aspectos que por su naturaleza son sustantivos y por ende deben ser abordados por una norma con rango de Ley.

7. En el caso de las destituciones nulas, no debe existir limitación alguna en cuanto a sus causales que tienen relación directa con la afectación de derechos fundamentales, si bien es cierto se sigue manteniendo el derecho a la estabilidad a través de la tutela resarcitoria (indemnización) como restitutoria (reposición), adoptar un sistema númerus clausus, en su tipificación resulta lesivo para el carácter protector que se debe garantizar a todo servidor estatal.

8. Reconociendo las particularidades de los cargos de confianza, consideramos que su destitución cuando esta obedezca a un acto de discriminación o afectación de derechos fundamentales, debe merecer tutela resarcitoria a través de la indemnización, caso contrario, estaríamos avalando un abuso del derecho por parte de quienes en representación del Estado empleador, no tienen límite en su accionar frente al personal de confianza, lo cual no soporta un mínimo análisis de razonabilidad.

9. Resulta contrario a la obligación del Estado de promover la negociación colectiva el establecer mecanismos de limitación al arbitraje laboral, frente a las denominadas limitaciones presupuestales, y estableciendo que no será materia de arbitraje el incremento de remuneraciones. Este tipo de limitaciones vuelven inoperante al derecho de negociación colectiva. Asimismo, se debe tener presente que la jurisdicción arbitral tiene autonomía y competencia para resolver controversias laborales en el Sector Público sin la imposición de limitaciones por normas presupuestarias, por lo que estas últimas, solo pueden afectar la capacidad de oferta de las entidades estatales, sin trascender a la parte sindical y mucho menos a los tribunales arbitrales.

10. Establecer que el grupo de servidores denominados directivos públicos, pierden el derecho a estabilidad laboral en todos sus

sentidos, puede representar un desincentivo para aquellos profesionales altamente capacitados, quienes prefieran permanecer en el Sector Privado alejados de la actividad pública, debido a la falta de protección ante la eventualidad del término de la relación laboral, ello sin tener en cuenta que muchas de estas personas en el ejercicio de sus cargos son objeto de acciones judiciales.