

Informe Especial

***EL CESE POR LA CAUSAL DE EXCEDENCIA:
EVALUANDO LOS ALCANCES DEL DECRETO LEY Nº 26093***

Lima, marzo de 1997

Sumario

I. INTRODUCCION

II. ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO VIGENTE

III. ANALISIS

- 1. Carrera administrativa y derecho de acceso a la función pública**
- 2. Razonabilidad del cese por la causal de excedencia**
- 3. La extensión a otras instituciones: Gobiernos Locales y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil**
- 4. Principios a tomar en cuenta en las evaluaciones de personal. Respeto al debido proceso en sede administrativa e interdicción de la arbitrariedad**
 - a) Reglamentos y cronograma de evaluación**
 - b) Evaluación de la formación del personal y de su rendimiento laboral**
 - c) Exámenes**
 - d) Comisiones de Evaluación**
 - e) Resultados de la evaluación. Conocimiento e impugnación**
- 5. Diminuta compensación por tiempo de servicios y ausencia de compensaciones especiales. Situación de los obreros municipales**
- 6. Inconstitucionalidad de la prohibición de reingreso a la Administración Pública**
- 7. Control jurisdiccional de las evaluaciones de personal**
- 8. Intervención de la Defensoría del Pueblo.**

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

V. ANEXO LEGISLATIVO

- 1. Decreto Ley N° 26093**
- 2. Ley N° 26553**
- 3. Decreto de Urgencia N° 085-96**
- 4. Decreto Supremo N° 017-96-PCM**
- 5. Decreto de Urgencia N° 004-97**

I. INTRODUCCION

La Defensoría del Pueblo es un órgano constitucional autónomo, introducido por la Constitución de 1993 (artículos 161º y 162º), encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como de supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Desde el inicio de sus actividades, la Oficina de Protección de la Defensoría del Pueblo ha recibido un elevado número de quejas presentadas por servidores públicos cesados por la causal de excedencia en aplicación del Decreto Ley N° 26093. Dichas quejas cuestionaban la forma cómo se han llevado a cabo los procesos de evaluación de personal a nivel de los Ministerios, Gobiernos Locales y Consejos Transitorios de Administración Regional. Por lo general se ha cuestionado la validez e idoneidad del procedimiento utilizado para desarrollar los exámenes de evaluación, con especial énfasis en la falta de publicidad y transparencia de los resultados de las pruebas; así como en la forma adoptada para calificar a quienes se sometieron a los exámenes.

Asimismo, la Defensoría Especializada en Asuntos Constitucionales ha recibido diversos pedidos cuestionando la validez constitucional del artículo 5º del Decreto Supremo N° 017-96-PCM, que prohíbe a los ciudadanos cesados en aplicación del Decreto Ley N° 26903 que puedan ingresar nuevamente a la Administración Pública. Del mismo modo, se han presentado pedidos solicitando que la Defensoría del Pueblo interponga una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra el Decreto Ley N°26093.

Precisamente, con motivo de la expedición de la Resolución Defensorial N° 30-96/DP de 5 de diciembre de 1996, recaída en la queja presentada por el Sindicato de Obreros Municipales de Jesús María, y la Resolución Defensorial N° 006-97/DP de 27 de enero de 1997, publicada al día siguiente en el diario oficial "El Peruano" (pp.146369-146372), con motivo de la queja formulada por diversos servidores del Sector Educación, se dispuso que en base a los criterios expuestos en la parte considerativa de esta última Resolución, la Defensoría del Pueblo elabore un informe proponiendo:

- las recomendaciones necesarias para que los procesos de evaluación de servidores públicos que conduzcan a la aplicación de la causal de cese por excedencia se adecúen al principio de transparencia, al respeto del derecho a la información del personal evaluado, y a la posibilidad de impugnar sus resultados administrativamente;
- la derogación del artículo 5º del Decreto Supremo N° 017-PCM que prohíbe a los servidores públicos cesados en aplicación del Decreto Ley N° 26093 reingresar a la función pública; y

- los lineamientos básicos para la determinación de la compensación por tiempo de servicios con criterios más justos y realistas.

El presente informe, elaborado por el Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales, tiene por finalidad abordar los referidos aspectos en la mira de contribuir a la vigencia de los derechos ciudadanos, así como al adecuado funcionamiento de una administración estatal que debe velar por los intereses generales y ser respetuosa de la Constitución y las leyes.

II. ANTECEDENTES Y MARCO NORMATIVO VIGENTE

El Decreto Ley N° 26093, promulgado el 28 de diciembre de 1992 y publicado al día siguiente, es decir antes de la vigencia de la actual Constitución, autorizó las evaluaciones de personal permitiendo el cese por la causal de excedencia de quienes hayan sido desaprobados. El referido decreto, que sólo cuenta con cuatro dispositivos, dispone que:

- Los titulares de los distintos Ministerios e Instituciones Públicas Descentralizadas, deberán cumplir con efectuar semestralmente programas de evaluación de personal de acuerdo a las normas que con tal efecto se establezcan. Para ello, autoriza a sus titulares a dictar las normas necesarias para su correcta aplicación
- El personal que no califique en las pruebas de evaluación llevadas a cabo, podrá ser cesado por la causal de excedencia.

Posteriormente, puntuales dispositivos comprendieron a otras instituciones bajo sus alcances:

- La octava disposición transitoria y final de la Ley N° 26553, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año 1996, publicada el 14 de diciembre de 1995, comprendió a los gobiernos locales.
- El Decreto de Urgencia N°085-96, promulgado el 6 de noviembre de 1996 extendió la aplicación del Decreto Ley N° 26093 al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, a fin de llevar adelante un programa de evaluación de personal sin incentivos (artículo 1°).

Las pautas generales para la aplicación de esta causal fueron dictadas por las propias instituciones a través de específicos reglamentos de evaluación. Tratándose de los trabajadores de los Consejos Transitorios de Administración Regional, se dictó la Resolución Ministerial N°290-96-PRES de 11 de julio de 1996, publicada el 15 del mismo mes que aprobó la Directiva N° 001-96-PRES/VMDR estableciendo las normas para llevar a cabo el programa de evaluación semestral de rendimiento laboral a ser aplicado a los trabajadores de los referidos Consejos Transitorios.

Un aspecto adicional fue introducido por el artículo 5° Decreto Supremo N° 017-96-PCM, de fecha 7 de marzo de 1996, al precisar que los servidores públicos cesados en aplicación del Decreto Ley N° 26093, quedaban impedidos de acceder nuevamente a un cargo o función pública.

El cese dispuesto por la causal de excedencia no implicaba el pago de incentivos, ni de bonificaciones especiales o indemnizaciones. Este criterio general, fue desconocido por el Decreto de Urgencia N° 004-97, publicado el 24 de enero de 1997, que autorizó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a otorgar, por única vez, una bonificación de carácter extraordinario a todo el personal cesado por esta causal.

Al amparo de estas normas, diversos Ministerios, gobiernos locales y Consejos Transitorios de Administración Regional han llevado a cabo sendos procesos de evaluación, disponiendo el cese por excedencia de un elevado número de servidores públicos. La Defensoría del Pueblo desconoce el número exacto del total de servidores cesados a nivel nacional en base a esta causal, así como no ha podido encontrar alguna evaluación general que examine los resultados de la aplicación del referido decreto.

El presente informe no pretende suplir este vacío, pero sí brindar puntuales sugerencias a partir de los casos que se han presentado a la Defensoría y que involucran a un elevado número de servidores públicos, en el marco de una actuación de la Administración Pública sometida a la Constitución y a la ley, y que debe velar por los intereses generales respetando los principios de razonabilidad, proporcionalidad, transparencia, responsabilidad y eficacia.

III. ANALISIS

1. Carrera administrativa y derecho de acceso a la función pública

El capítulo IV del título I de la Constitución vigente, desarrolla normativamente la función pública, precisando en su artículo 39º que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. De esta manera, implícitamente se resalta que quienes prestan servicios en la Administración Pública deben velar por los intereses generales; aspecto que constituye a su vez el fundamento constitucional que justifica el tratamiento especial de los funcionarios públicos que habilita establecer ciertas peculiaridades respecto de la situación de los ciudadanos en general.¹

De otro lado, el artículo 40º de la Constitución, dispone que la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. De esta manera, no sólo se ha constitucionalizado la carrera administrativa -cuya existencia no puede ser desconocida por el legislador-, sino que además se ha establecido una reserva de ley para la determinación del estatuto de los servidores públicos. Con ello se trata de evitar que normas de rango inferior a la ley incidan en esta materia. Por cierto, una adecuada y moderna concepción de la carrera administrativa pretende evitar un servicio lento y burocrático que dificulte la marcha y la reforma racional de la Administración.

Asimismo, el artículo 23º, inciso primero de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 25º inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados internacionales que son fuente de interpretación de los derechos constitucionales según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, disponen que todos los ciudadanos tienen derecho de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Desarrollando los preceptos constitucionales antes señalados, el artículo 1º del Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, precisa que la carrera administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos, que, con carácter estable, prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.

La carrera administrativa, considerada por un amplio sector de la doctrina como uno de los derechos más importantes del funcionario², constituye uno de los pilares del desarrollo de la Administración Pública en un Estado moderno y está

¹ PEREZ TREMPES Pablo, "El ejercicio de derechos fundamentales por funcionarios públicos", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p.218

² ALVAREZ RICO Manuel y Vicente González Haba, "Administración y función pública en España", Universidad Libertarias, Madrid, 1992, p.435

destinada a brindar a los servidores y funcionarios públicos, reglas de juego estables para su desempeño al servicio de la sociedad y los intereses generales, con fundamento en los principios de eficacia, igualdad, estabilidad, y honestidad. El ingreso, permanencia y ascenso a los cargos de carrera, se hacen previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fija la ley, con el fin de determinar los méritos y calidades de los candidatos y de los servidores públicos. Con ello se trata de evitar que los servidores públicos sean removidos de sus empleos, salvo en los casos establecidos por las disposiciones constitucionales y legales³.

En consecuencia, la institucionalización de la carrera administrativa, como regla general, tiene su fundamento principal en el mérito y la capacidad de los servidores para cumplir eficazmente las funciones públicas al servicio de la sociedad. Es más, mediante un apropiado sistema de carrera, se garantiza el derecho de todos los ciudadanos a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades.

2. Razonabilidad del cese por la causal de excedencia

La Administración Pública para actuar racionalmente, asegurando el buen servicio y garantizando los derechos de los servidores públicos, debe conocer con exactitud los recursos humanos con los que cuenta y determinar sus necesidades de personal y los perfiles requeridos para cumplir con la misión y los objetivos institucionales que le han sido asignados para satisfacer las demandas ciudadanas. Las contrataciones y la separación de personal deberían ser una consecuencia directa de la comparación verificada entre las necesidades observadas y los recursos humanos con los que se cuenta para responder a éstas eficientemente. Ello permitirá determinar la existencia del personal que hace falta, su idoneidad, los excedentes o su eventual mala distribución.

En esta dirección, resulta legítimo que la Administración Pública, por razones de interés general, de eficacia y eficiencia en el ejercicio de la función pública, esté facultada para suprimir determinados cargos o plazas, en el marco de la necesidad del Estado de cumplir sus finalidades, entre las cuales se encuentran primordialmente, modernizar, racionalizar y adecuar su funcionamiento⁴.

De ahí que resulte válido que el legislador establezca que la excedencia puede constituir una causal de separación de los servidores públicos con la finalidad que la Administración sea moderna y eficiente y no se encuentre, llegado el caso, con sobrecargas burocráticas. Sin embargo, la declaración de excedencia y su aplicación para ser racional requiere una definición previa del tamaño de la

³ Cfr. Sentencia N° C-40/95, de 9 de febrero de 1995, dictada por la Corte Constitucional de Colombia.

⁴ Cfr. Sentencia N° C-522/95, de 16 de noviembre de 1995, dictada por la Corte Constitucional de Colombia.

entidad respectiva, lo que por lo general se traduce en los Cuadros de Asignación de Personal y los Presupuestos Analíticos respectivos.

Y es que las entidades públicas deben obedecer a un diseño de la Administración Pública en su conjunto, para evitar que la declaración de excedentes se convierta en una práctica que se desvíe de los fines para los que fue establecida. En efecto, al estar ausente una previa definición del número de plazas excedentes en función de la visión institucional, sus objetivos y líneas de acción predeterminadas, se permite que luego éstas, nuevamente, sean cubiertas, desvirtuando la racionalidad de la causal de excedencia. Incluso, podría llegarse al absurdo de duplicar el gasto público, si es que el Estado abona una remuneración al nuevo trabajador y al cesante le abona su pensión. Una moderna concepción de la reforma del Estado no puede prescindir del desarrollo de programas de planificación estratégica eficientes para el cumplimiento de las funciones de la administración estatal.

El Decreto Ley N° 26093, dispuso que los titulares de los distintos Ministerios y de las Instituciones Públicas Descentralizadas, deberán cumplir con efectuar semestralmente programas de evaluación de personal, autorizando a los referidos titulares a dictar las normas necesarias para su aplicación. Señaló, además, que el personal que no califique “podrá” -expresión que no resulta una medida imperativa- ser cesado por la causal de excedencia. De esta manera, se estableció una nueva causal de cese no prevista por el Decreto Legislativo N°276, delegando a las instituciones administrativas su regulación, así como la separación del servidor público que no califique.

El referido decreto al señalar que la Administración “podrá” cesar, configura al cese como un acto discrecional de la administración, es decir, atribuye a dicha potestad administrativa un elemento subjetivo que determina su ejercicio o aplicación. Evidentemente, el carácter discrecional de este acto no significa que se encuentre al margen de la ley ni que autorice una conducta arbitraria pues siempre existirán determinadas elementos y criterios que permitan su adecuado control⁵.

De las diversas quejas presentadas a la Defensoría del Pueblo, se aprecia que la finalidad del cese por la causal de excedencia no se ha presentado. Esto sucedería, si ella se hubiera producido por exceso de personal ante la necesidad de suprimir plazas o cargos previamente determinada. En los hechos se ha utilizado el Decreto Ley N° 26093 para cesar al personal que no aprobó una determinada evaluación.

De esta manera, el cese por la causal de excedencia ha sido desnaturalizado, convirtiéndolo en una causal adicional de despido producto de la desaprobación

⁵ GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, "Curso de Derecho Administrativo", 5º ed., Tomo I, Madrid: Civitas, 1990, pp.452-453

de una evaluación. En efecto, una prueba sólo informa el nivel de conocimientos, aptitud psicotécnica o desempeño laboral de un trabajador. En todo caso, una evaluación hubiera podido habilitar la aplicación por parte de la administración de algunas medidas que no necesariamente implican el cese o la destitución. Una de ellas, puede consistir en la capacitación de los trabajadores desaprobados para que puedan desempeñar las funciones que requiere la administración. En caso, que dicha formación no prospere sí podría proceder el cese definitivo por las causales de ineficiencia o ineptitud previstas por el artículo 35^o, inciso d) del Decreto Legislativo N^o 276.

Por todo ello, para que el cese de personal en base a la causal de excedencia sea racional deberían presentarse los siguientes supuestos:

- que la administración estatal acredite previamente el número y tipo de plazas que deban suprimirse en función de los objetivos institucionales en el marco de un programa de planificación estratégica.
- en caso que existan servidores que estén desempeñando funciones en los cargos o plazas suprimidas aún sería posible observar algunas alternativas que sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Una de ellas consistiría en su asignación a otras funciones compatibles con el nivel alcanzado; la otra en disponer su cese fijando una compensación especial debido a que la situación determinante ha sido producto de una causa no imputable al trabajador, sino en salvaguarda de intereses generales.

Así por ejemplo, en España al discutirse la racionalización de las Administraciones Públicas, un aspecto crucial ha consistido en determinar lo que podría denominarse "Planes de Empleo"⁶, los que pueden contener supresiones de puestos de trabajo, tal como por ejemplo lo dispuso en España la Ley 22/93, de 29 de diciembre, sobre Medidas Fiscales y de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo.

Dicha ley, estableció que el personal cuyo puesto se ha suprimido queda en situación de expectativa de destino, mientras se le reasigna a otra plaza. Ello puede realizarse a nivel del mismo Ministerio u Organismo, en otros Ministerios u Organismos, y sólo finalmente si luego de ciertos plazos no han sido destinados a otros puestos en el plazo de una año pasará a situación de excedencia forzosa. En esta dirección, el artículo 44^o 1, a) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado española dispone que la excedencia forzosa se producirá por la reforma de plantilla o supresión de plazas de que sea titular el funcionario.

⁶ PALOMAR OLMEDA Alberto, "La incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del estatuto de los funcionarios públicos", Revista de Administración Pública, N^o 134, 1994, Madrid: CEC, pp.394-397

En consecuencia, el análisis efectuado evidencia que los procedimientos para determinar la excedencia del personal se han llevado a cabo en función de la aprobación de una prueba de evaluación. En rigor, la desaprobación de una prueba de esta naturaleza, no guarda relación directa con la declaración de excedencia, pues ésta trata de determinar el número de plazas que no son necesarias en un determinado sector y que previamente han sido definidas en función de los objetivos institucionales. De ahí que el cese por la causal de excedencia se esté aplicando en forma irracional pues no guarda ninguna relación con los fines para los que esta causal ha sido destinada.

3. La extensión a otras instituciones: Gobiernos Locales y Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

El Decreto Ley N°26093 sólo comprendió a los Ministerios y a las Instituciones Públicas Descentralizadas. Posteriormente, la octava disposición transitoria y final de la Ley N° 26553, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año 1996, publicada el 14 de diciembre de 1995, incluyó dentro de los alcances del indicado decreto ley a los gobiernos locales.

Si bien puede resultar discutible la técnica legislativa empleada al incluir esta causal especial de cese en una ley del presupuesto, es evidente que al hacerlo dicha disposición se encuentra sujeta a las características que distinguen a las leyes de esta naturaleza.

Y es que las leyes del presupuesto presentan determinadas particularidades que las diferencian de las demás normas con rango de ley. Una de ellas es que se rigen por el “principio de anualidad”, es decir, se trata de leyes que tienen una eficacia limitada a un año, principio que deriva de lo dispuesto por el artículo 77° de la Constitución. Por lo demás, así lo reconoce la norma VII del Título Preliminar de la Ley N° 26703, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, publicada en el diario oficial “el Peruano” el 10 de diciembre de 1996, al precisar que “La Ley de Presupuesto tiene vigencia anual y coincide con el año calendario”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha ratificado este criterio en la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26637, al considerar que “el período de vigencia de la Ley del Presupuesto es anual y coincide con el año calendario”⁷.

De esta manera, la extensión de esta causal de cese a los gobiernos locales sólo ha podido ser utilizada durante 1996. De ahí que, su aplicación a partir de 1997 carezca de sustento legal al haberse agotado los efectos de la octava disposición transitoria y final de la Ley del Presupuesto correspondiente a 1996.

⁷ Expediente N° 004-96-I/TC, Sentencia de 3 de enero de 1997, El Peruano, Normas Legales, 25 de enero de 1997, p.146311

De otro lado, el Decreto de Urgencia N°085-96, promulgado el 6 de noviembre de 1996 extendió la aplicación del Decreto Ley N° 26093 al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

El referido decreto fue dictado al amparo de las facultades legislativas concedidas al Presidente de la República por el artículo 118° inciso 19) de la Constitución para dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. Asimismo, el Decreto de Urgencia N° 004-97, promulgado el 22 de enero de 1997, concedió una bonificación especial a los trabajadores cesados, disponiendo que el trabajador cesante no podrá reingresar a prestar servicios a la administración pública. Esta prohibición para el reingreso no queda claramente comprendida dentro de la expresión “materia económica y financiera” que autoriza al Poder Ejecutivo a dictar decretos de urgencia con rango de ley. Es más se trata de una inhabilitación perpetua que contradice el carácter provisional de los decretos de urgencia⁸.

En consecuencia, a partir de enero de 1997 los gobiernos locales carecen de potestades legales para cesar por la causal de excedencia dispuesta por el Decreto Ley 26093 al personal que presta servicios en tales entidades.

4. Principios a tomar en cuenta en las evaluaciones de personal. Respeto al debido proceso en sede administrativa e interdicción de la arbitrariedad

De acuerdo al Decreto Ley N° 26093, la aplicación de la causal de excedencia ha estado subordinada a una previa evaluación del personal, aspecto que no guarda una relación directa con ella. Y es que la excedencia se determina en función de los objetivos y las acciones institucionales que la administración pública pretende llevar a cabo durante un período determinado y de la necesidad de suprimir plazas que permitan cumplir a cabalidad con dichos objetivos, evitándose así cargas burocráticas.

De ahí que la evaluación no constituya un requisito consustancial de obligado agotamiento previo a la declaración de excedencia. Así por ejemplo, podría suceder que se haya determinado la necesidad de suprimir tres plazas y que las personas que las ocupaban luego del examen realizado hayan aprobado satisfactoriamente, lo cual -de acuerdo al referido decreto- evitaría su cese pues han contando con la calificación necesaria.

No obstante ello, debe quedar claro que sea cual fuere el método o sistema elegido y el fin para el cual ha sido destinado, éste debe contener criterios específicos, concretos y uniformes, previamente dados a conocer, para efectuar

⁸ EGUIGUREN PRAELI Francisco, “La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993”, La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, Lima: CAJ, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 10, 1994, p. 185

una evaluación en la que aparezcan como valores dominantes los principios de igualdad, mérito y capacidad acordes con las funciones o perfiles requeridos para el cargo y las necesidades de la función pública⁹.

Por tanto, no puede quedar al evaluador una libertad absoluta para calificar a su arbitrio, pues, en este caso, la permanencia en el puesto deberá recaer en quienes hayan obtenido el puntaje previamente determinado. Modernamente resultan cuestionables los sistemas de despojo o “spoils system”, de la balanza y del patronato que carecen de bases objetivas para la asignación, reparto o permanencia en los cargos públicos, pues se basan en criterios con frecuencia políticos, en función del partido o agrupación que llega al poder.

En esta dirección, resulta importante que los procedimientos sean transparentes a fin de garantizar que las evaluaciones cumplan a cabalidad con los fines para los que fueron establecidas, sin generar dudas sobre su eventual empleo con finalidades distintas, que permitan pensar que se trata con ello de prescindir de aquellos servidores que se considera como no deseados.

Y es que la actuación de la administración pública en un régimen democrático debe guiarse por el principio constitucional de publicidad que rechaza el secreto como fórmula de actuación¹⁰. Ello no sólo es consustancial al principio democrático reconocido por el artículo 43º de la Constitución, sino además deriva del derecho a la información reconocido por el artículo 2º inciso 5) del texto fundamental.

Una verdadera evaluación es aquella en la que se examina todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo, permanecer o ascender en la Administración Pública, dentro de una sana competencia para lograr una selección justa, equitativa, imparcial y adecuada a las necesidades de las funciones públicas¹¹. De esta manera, se asegura que el Estado contará, entre sus servidores, con los más capacitados, lo que permitirá el cumplimiento de sus propósitos.

De las investigaciones realizadas por la Defensoría, existen dudas razonables de que en algunos casos se haya evaluado correctamente y se haya respetado el debido proceso en sede administrativa de los servidores públicos. El respeto de este derecho, reconocido por el artículo 139º inciso 3) de la Constitución, puede válidamente extenderse -particularmente en estos casos- al ámbito de la administración¹², más aún si su desconocimiento puede incidir directamente en el cese arbitrario del personal. Así por ejemplo, el artículo 29º de la Constitución

⁹ Cfr. Sentencia N° 40-95, de 9 de febrero de 1995, dictada por la Corte Constitucional de Colombia, y ALVAREZ RICO Manuel y Vicente González Haba, ob. cit , p.416

¹⁰ SANTAMARIA PASTOR Juan Alfonso, “Fundamentos de Derecho Administrativo”, Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, pp.251-253

¹¹ Cfr. Sentencia N° 40/95, de 9 de febrero de 1995, dictada por la Corte Constitucional de Colombia

¹² HOYOS Arturo, “El debido proceso”, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, pp.94-95

colombiana precisa que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

De otro lado, la Administración ha de guiar su actuación por el principio de interdicción de la arbitrariedad, que incluso en otros ordenamientos cuenta con expreso reconocimiento constitucional¹³, y que en el Perú deriva de la concepción de Estado democrático (artículos 3º y 43º) y del reconocimiento constitucional de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (artículos 2º inciso 7 y 200º párrafo final).

De ahí que sea necesario tomar en cuenta los siguientes aspectos para llevar a cabo evaluaciones transparentes y respetuosas de un debido proceso en sede administrativa y que no resulten teñidas de arbitrariedad:

a) Reglamentos y cronograma de evaluación

- El Decreto Ley N° 26093 ha delegado en las respectivas instituciones evaluadoras la elaboración de los Reglamentos de Evaluación. Ello ha conducido a un tratamiento distinto y disperso que no ha resultado satisfactorio. La reserva establecida por la Constitución (artículo 40º) para que sea la ley la que regule el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos, justifica que los principios a tomar en cuenta en los procesos de evaluación -cuyo resultado puede implicar el cese del personal- tengan sustento en una norma con rango de ley y sean uniformes para todos los servidores públicos.
- Los reglamentos deberían contemplar fechas de evaluación que sean conocidas con una razonable anticipación por los trabajadores que vayan a ser evaluados. En consecuencia, constituye una actuación arbitraria de la Administración comunicar que la evaluación se llevará sin previo aviso, al día siguientes, o en unos pocos días.
- Debe establecerse un cronograma de evaluación claro y preciso para cada fase. De otro lado, la comunicación de la evaluación no sólo debe efectuarse a través de avisos, colocados en las instituciones respectivas o difundidos en los medios de comunicación, sino que además debería notificarse directamente al personal que estará sujeto a ella. Se han presentado casos, en los cuales se ha aducido la falta de conocimiento de la fecha de evaluación en base a razones justificadas. En tales supuestos, hubiera sido conveniente habilitar una nueva fecha para la evaluación.
- Asimismo ha de efectuarse la evaluación en función de las capacidades y puestos asignados. En este sentido, por ejemplo, se han presentado severos

¹³ Así por ejemplo el artículo 9º de la Constitución española consagra el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cfr. FERNANDEZ Tomás-Ramón, "Arbitrariedad y discrecionalidad", Madrid: Civitas, 1991, p.105 y ss.

cuestionamientos a la evaluación del personal obrero, que con frecuencia no han culminado su educación primaria y a quienes una evaluación bajo un sistema informático con pruebas de conocimiento y psicotécnicas les resulta sumamente difícil -en ocasiones imposible- de superar. En tales casos, la evaluación debería priorizar las funciones que debe realizar el trabajador. Es más las pruebas, también deberían graduarse en función de la edad, pues no es lo mismo evaluar a un empleado joven que acaba de culminar sus estudios, que a uno que cuenta con veinticinco años de servicios y que carece de experiencia en la forma de evaluación. De esta manera, no resulta razonable aplicar pruebas únicas a todos los trabajadores.

- Asumiendo que la evaluación debió comunicarse con anticipación, esto hubiera permitido que la institución brinde una capacitación obligatoria básica que permita a los funcionarios y servidores públicos contar con los elementos de juicio necesarios para afrontar tales pruebas. Y es que si se trata de modernizar la gestión de las entidades públicas, hubiera resultado razonable que los servidores sean capacitados en los nuevos planes de trabajo y en las nuevas necesidades dispuestas por la Administración, para que finalmente permanezcan quienes pueden responder a las expectativas y a los objetivos institucionales.
- No cabe disponer el cese por la causal de excedencia de los servidores públicos sin que haya culminado toda la evaluación. El Decreto Ley N° 26093 no lo permite pues sólo establece que quienes no califiquen “podrán” ser cesado por la causal de excedencia. De esta manera, la ausencia de un servidor a un examen no autoriza el cese automático, sino tan sólo constituye una nota menos a evaluar para una posterior definición de un eventual cese del personal. Así lo entendió la sentencia dictada por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N°400-96) con fecha 27 de junio de 1996, cuando declaró fundada una demanda de amparo porque una reglamento de evaluación autorizaba el cese inmediato de quienes no concurrían a las pruebas.

b) Evaluación de la formación del personal y de su rendimiento laboral

- Los elementos constitutivos de la carrera del servidor suelen encontrarse en el legajo personal del interesado, que constituye un elemento importante para la evaluación. Así por ejemplo, deben tomarse en cuenta todos los estudios realizados, no sólo los del último período, practicando en lo posible la simplificación administrativa de los documentos. Además, debería habilitarse la posibilidad de que cada trabajador revise su legajo personal, para que éste pueda agregar los documentos faltantes o incorporar otros nuevos.
- La evaluación del desempeño laboral debe efectuarse por el Jefe inmediato con conocimiento del trabajador y con la posibilidad de observar la

evaluación efectuada. Es difícil evaluar, y su realización adquiere matices subjetivos si esta no se realiza en función de un plan de trabajo conocido para verificar si los trabajadores han cumplido sus metas y objetivos.

c) Exámenes

- Deben indicarse previamente las características del examen que se va a tomar, por ejemplo, si las respuestas incorrectas restan puntos, el tiempo máximo de la prueba, etc.
- Es indispensable que las preguntas que se formulen se efectúen en forma clara y sencilla, y con respuestas alternativas simples. En lo posible deben evitarse preguntas subjetivas de variada respuesta. Así por ejemplo, no resulta admisible una pregunta, formulada en el examen efectuado por una Municipalidad en la que se interrogue al examinado lo siguiente: “Qué sentiste con la primera mujer con la que te acostaste”. Una pregunta de esta naturaleza llega a afectar el derecho a la intimidad del ser humano, reconocido por el artículo 2º inciso 7) de la Constitución.
- Los exámenes deberían ser preparados y tomados de preferencia por Universidades o por Institutos técnicos especializados, adaptándose al perfil y a las necesidades del personal de la institución.
- Resulta necesario diferenciar la evaluación en función de que ésta sea tomada a personal obrero, profesional, técnico o auxiliares.

d) Comisiones de Evaluación

- Las Comisiones de evaluación deberían estar integradas por un representante de los trabajadores, evitando en la medida de lo posible la presencia de funcionarios con cargos políticos a fin de garantizar la imparcialidad de la evaluación.
- Debería dotarse al trabajador de mecanismos necesarios para consultar, observar y reclamar cada fase de evaluación y la evaluación en su conjunto.

e) Resultados de la evaluación. Conocimiento e impugnación

- Para lograr los fines de la evaluación, los participantes y otras personas que eventualmente puedan tener interés en sus resultados, tienen derecho a ejercer control sobre la forma como se ha desarrollado. Este control sólo podrá ser ejercido en la medida en que la administración de a conocer los resultados del mismo, y que dichos resultados puedan ser analizados y, por consiguiente, impugnados por quienes se sienten perjudicados con la calificación obtenida; con mayor razón si ello trae como consecuencia el

cese del personal desaprobado. En este sentido, por regla general no pueden existir resultados ocultos.

- La información completa de los resultados y de las pruebas parciales aplicadas, constituye una garantía fundamental de la idoneidad del proceso, congruente con el derecho constitucional a la información de los servidores evaluados y que, además, les sirve como referencia para conocer, en la eventualidad en que fueren cesados, las razones por las que se tomó esta medida.
- El Decreto Ley N°26093 al establecer que la Administración “podrá cesar” al personal que no apruebe las evaluaciones concede un ámbito discrecional a la Administración para determinar a qué servidores cesa. Esta facultad al carecer de criterios uniformes y transparentes que determinen a que servidores se mantiene, ha generado en su aplicación no sólo sensaciones de injusticia sino fundamentalmente reales condiciones de discriminación. Así por ejemplo, en algunos casos se dispuso el cese de personal desaprobado y en otros no, sin que exista justificación objetiva y razonable para un tratamiento diferenciado. Debe anotarse que los poderes públicos no pueden olvidar que el principio de igualdad constituye un límite directo al ejercicio de los poderes discrecionales de la administración¹⁴.

En consecuencia, de las investigaciones realizadas se evidencia que en casos puntuales las evaluaciones no han sido transparentes, ni han respetado los procedimientos básicos que garanticen su idoneidad. Es más en diversas ocasiones, se aprecia que los reglamentos de evaluación no han sido uniformes. Ha de tomarse en cuenta que el necesario proceso de reforma de la Administración Pública no es una causa legítima que justifique el cese arbitrario o irracional del personal.

5. Diminuta compensación por tiempo de servicios y ausencia de compensaciones especiales. Situación de los obreros municipales.

Los servidores públicos cesados en aplicación de la causal de excedencia, están sujetos al régimen previsto por el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de remuneraciones del Sector Público, así como su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

El inciso c) del artículo 54° del Decreto Legislativo N° 276, modificado por la Ley N° 25224, dispone que al momento del cese, los funcionarios y servidores tienen derecho a percibir una compensación por tiempo de servicios por cada año o fracción mayor a seis meses, equivalente al 50% de la remuneración principal cuando el servidor público tiene menos de veinte años, y a una remuneración

¹⁴ GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder”, Madrid: Civitas, 1989, p. 47

principal para los trabajadores que superen los veinte años, teniendo como tope los treinta años de servicios.

La remuneración principal a la que se hace referencia en el párrafo anterior, está comprendida por el haber básico y la remuneración reunificada, las cuales tienen montos diminutos, tal es el caso del haber básico, que en determinados casos asciende a S/.1.00 (un y 00/100 nuevo sol) y la remuneración reunificada que puede ascender a S/.30.00 (treinta y 00/100 nuevos soles).

Esta situación es sumamente grave y el Estado debe necesariamente tomarla en consideración. Un ejemplo evidencia lo diminuto que resulta el monto de la compensación. En efecto, mediante Resolución Directoral N°0441-96-MTC/15.10 de fecha 19 de agosto de 1996 se reconoció a una servidora nombrada, cargo secretaria II, nivel remunerativo T-A, que había prestado servicios por quince años y nueve meses, la suma de S/. 193.44 por concepto de compensación por tiempo de servicios. Esta fue la única compensación que obtuvo luego de ser cesada por la causal de excedencia.

Tratándose del personal obrero que presta servicios en las Municipalidades se han presentado particulares situaciones que requieren una precisión adicional de parte de la Defensoría del Pueblo. Para ello, se requiere efectuar una adecuada interpretación que pondere las normas en juego y resulte lo más protectora de los derechos ciudadanos.

Cabe anotar que la Ley N° 9555 extendió a los obreros al servicio del Estado el ámbito de aplicación de la Ley N° 8439 -sobre beneficios sociales para los empleados-, incluyendo expresamente a aquellos que prestaban servicios en las Municipalidades. Posteriormente, el artículo 1° del Decreto Ley N° 11377 dispuso que quienes realicen actividades propias de obreros en las dependencias públicas se regirán por normas específicas. Más adelante, la primera disposición complementaria, transitoria y final del Decreto Legislativo N° 276 dispuso que el personal obrero al servicio del Estado se rige por su normas pertinentes. De esta manera, dichos obreros se encuentran excluidos de los alcances del Decreto Legislativo N° 276, permaneciendo sujetos al régimen laboral del sector privado.

Esta regla general ha contado con una excepción introducida por la Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, cuyo artículo 52° estableció que los obreros son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen de la actividad pública, agregando que cada Municipalidad debía elaborar su escalafón de personal. Más allá de los alcances de la citada norma, no se explican las razones que justifican, de modo objetivo y razonable, la existencia de un régimen laboral diferenciado entre los obreros municipales y los obreros de las demás instituciones que prestan servicios en la Administración estatal.

Al margen de ello, ha de reconocerse que de conformidad con el artículo 52° de la Ley N° 23853 los obreros municipales son servidores públicos. Sin embargo, pese a tal condición, no se rigen íntegramente por el Decreto Legislativo N° 276, pues

dicho texto normativo regula la carrera administrativa y los obreros municipales no son servidores públicos de carrera. En este caso, la compensación por tiempo de servicios que les corresponde es la prevista por el Decreto Legislativo N° 650 en virtud de la Ley N° 9555, es decir, el régimen aplicable debe ser el de la actividad privada. De ahí que constituya una práctica reñida con los derechos de los obreros municipales, que se les abone la compensación por tiempo de servicios correspondiente al sector público cuando se dispone su cese, si es que se encuentran sujetos al régimen privado.

De otro lado, quienes fueron cesados carecen de una compensación especial, pago de incentivos o indemnizaciones especiales ante una situación de esta naturaleza. Esta omisión no se presentó para los servidores públicos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. En efecto, el Decreto de Urgencia N° 004-97, publicado el 24 de enero de 1997, autorizó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a otorgar, por única vez, una bonificación de carácter extraordinario a todo el personal cesado por esta causal.

Esta situación constituye un trato discriminatorio, que afecta el principio de igualdad reconocido en el artículo 2º inciso 2) de la Constitución. Y es que se trata de un beneficio que sólo ha sido abonado a un sector sin que exista para ello justificación objetiva y razonable pues se trata de la aplicación de la misma causal de cese. Es más, para obtenerla se ha impuesto un requisito que afecta principios constitucionales, al exigirse que el servidor público para acceder a ella deba renunciar expresamente a formular cualquier reclamo contra el Estado (artículo 2º). Esta renuncia obligada carece de validez pues afecta el derecho de toda persona de acudir a las instancias jurisdiccionales en procura de satisfacer sus derechos o intereses reconocidos, previsto por el artículo 139º inciso 3) de la Constitución.

Sobre este aspecto, resulta ilustrativo reseñar el criterio adoptado por la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia al considerar que cuando existan motivos de interés general que justifiquen la supresión de cargos en una entidad pública, es legítimo que el Estado lo haga sin que pueda oponérsele los derechos de carrera de los funcionarios ya que estos deben ceder ante el interés general. En estos casos, indica la citada sentencia, el empleado protegido por la carrera tiene derecho a la reparación del daño causado, puesto que él es titular de unos derechos adquiridos de contenido económico que debió ceder por la prevalencia del interés general¹⁵. La misma situación se produce cuando se suscita el cese por la causal de excedencia. En estos casos, pues, resultaría razonable que el Estado incluyera en el presupuesto público una bonificación especial para enfrentar socialmente este tipo de situaciones.

En consecuencia, los servidores públicos cesados por la causal de excedencia no sólo ven cerrada su posibilidad de volver a pertenecer a la Administración Pública, sino a la vez cuentan con una compensación por tiempo

¹⁵ Cfr. Sentencia N° C-527/94, dicta por la Corte Constitucional de Colombia

de servicios que por su monto reducido no logra cumplir con su finalidad de constituir un beneficio de carácter previsional. De esta manera, se desnaturaliza el sentido previsor de dicho beneficio ante la eventualidad de un cese de personal. El Poder Ejecutivo en un sólo caso ha reconocido esta grave situación concediendo una bonificación especial a través de un decreto de urgencia. Al hacerlo para un sector determinado y no para el conjunto de servidores públicos cesados ha afectado el principio de igualdad pues sólo ha concedido el beneficio a una institución en particular sin que exista para ello justificación objetiva y razonable.

6. Inconstitucionalidad de la prohibición de reingreso a la Administración Pública

El artículo 5º del Decreto Supremo N°017-96-PCM, de fecha 7 de marzo de 1996, señala que el personal cesado en aplicación del Decreto Ley N° 26093 no podrá ser admitido bajo ninguna de las modalidades de prestación de servicios en los Organismos comprendidos en la estructura institucional del Presupuesto del Sector Público.

Por su parte, el artículo 2º del Decreto de Urgencia N°004-97, publicado el 24 de enero de 1997, reiteró dicha prohibición para los trabajadores del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, que habían cobrado una bonificación de carácter extraordinaria.

La prohibición de reingreso al sector público prevista por el artículo 5º del Decreto Supremo N°017-96-PCM, no guarda armonía con lo dispuesto por el artículo 118º inciso 8) de la Constitución. El referido dispositivo constitucional concede al Presidente de la República facultades reglamentarias de la ley, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, más no permite que dicte normas originales a través de decretos ordinarios. Lo que distingue al reglamento de la ley, es que se trata de una norma secundaria, inferior y complementaria que es obra de la Administración¹⁶. En este caso, el artículo 5º del Decreto Supremo N° 017-96-PCM ha ido más allá de lo previsto por el Decreto Ley N° 26093, pues en vez de complementarla ha introducido un aspecto nuevo antes no establecido. Además, con ello también afecta la reserva de ley a que se refiere el artículo 40º de la Constitución.

Es esta dirección, cabe citar como ejemplo que el Tribunal Constitucional español en la Sentencia 99/1987 declaró la inconstitucionalidad de puntuales preceptos de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública, porque consideró que la generalidad de sus términos afectaba la reserva de ley constitucionalmente establecida¹⁷.

¹⁶ GARCIA DE ENTERRIA Eduardo y Tomás-Ramón Fernández, ob. cit., p.196

¹⁷ ENTRENA CUESTA Rafael, "Régimen estatutario de los funcionarios públicos", en Estudios sobre la Constitución Española en Homenaje a Eduardo García de Enterría, Madrid:1992, Tomo III, p.2604

Probablemente, el anterior cuestionamiento condujo a que se incorpore en el Decreto de Urgencia N°004-97 la prohibición de reingreso a la Administración Pública. Al incorporar tal prohibición en una norma con rango de ley se ha tratado de evitar las críticas anteriores (aspecto formal). Sin embargo, no se ha tomado en cuenta que dicha crítica también pueda válidamente hacerse al contenido de las normas.

En efecto, en ambos casos, no resulta razonable ni proporcional que exista una sanción tan drástica que impida al servidor público declarado excedente volver a ingresar a la Administración Pública, siempre que haya puesto vacante, autorización legal para cubrirlo y haya sido evaluado favorablemente. Una prohibición de esta naturaleza afecta lo dispuesto por los artículo 23°, inciso primero, literal c) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 25° inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados internacionales que son fuente de interpretación de los derechos constitucionales, pues según los citados dispositivos todos los ciudadanos tienen derecho de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Desde otro punto de vista, dicha prohibición resulta discriminatoria pues habilita un tratamiento diferenciado entre los servidores destituidos y quienes, en cambio, fueron cesados en aplicación de la causal de excedencia los cuales nunca podrán reingresar a prestar servicios en la Administración Pública. En efecto, el artículo 30° del Decreto Legislativo N° 276, modificado por la Ley N°26488, señala que el servidor público destituido no podrá reingresar al servicio público durante el término de cinco años. Esta disposición resulta menos drástica que la prevista para los casos de excedencia. Desde una perspectiva constitucional, no existe justificación objetiva y razonable para un tratamiento diferenciado como el indicado, que termina siendo más grave para aquel funcionario o servidor público que fue cesado sin haber incurrido en falta disciplinaria alguna.

Por lo demás, una norma como la prevista por el artículo 5° del Decreto Supremo N°017-96-PCM sirve además de un instrumento para fomentar la renuncia de los servidores públicos y evitar que sean sometidos a una evaluación. Así por ejemplo, la División de Imagen Institucional del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, en comunicado dirigido a los trabajadores del Registro Electoral del Perú advirtió “Que los trabajadores que no deseen ser evaluados y presenten su renuncia voluntaria antes del inicio del proceso, de acuerdo al dispositivo legal, tendrán la ventaja y la oportunidad de ser contratados por otras entidades del Estado. Asimismo, al finalizar su relación laboral recibirán un certificado de trabajo en el cual se hará constar su retiro voluntario”.

En consecuencia, el artículo 5° del decreto analizado afecta claramente principios constitucionales. En este sentido, sería conveniente que el Ejecutivo proceda a derogar el referido dispositivo. En todo caso, cualquier ciudadano podría interponer una acción popular contra dicha norma de conformidad con el artículo 200° inciso 5) de la Constitución. Asimismo, el artículo 2° del Decreto de

Urgencia N° 004-97 vulnera derechos constitucionales. El Congreso debería derogar dicho dispositivo en el extremo indicado, y en todo caso se podría presentar una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra dicha norma.

7. Control jurisdiccional de las evaluaciones de personal

Uno de los principios esenciales en todo Estado democrático de derecho es la sujeción de la actuación de la Administración a la Constitución y a las leyes, así como la necesidad del control judicial de los actos de los poderes públicos. En este sentido, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso constitucional de amparo los quejosos pueden obtener la tutela de sus derechos vulnerados.

Precisamente, en el proceso de amparo se han ido detallando algunos criterios que deben guiar la actuación de la Administración en los casos de cese de personal por la causal de excedencia.

- La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Exp. N°400-96), con fecha 27 de junio de 1996, confirmó la resolución apelada declarando fundada la demanda de amparo interpuesta y en consecuencia sin efecto legal el artículo 10° del Reglamento del Programa de Evaluación Semestral elaborado por el Instituto Nacional de Salud. Dicho dispositivo permitía el cese automático de quienes no concurrían a las pruebas, introduciendo una sanción no prevista por el Decreto Ley N°26093. En consecuencia, la Corte dispuso se proceda a una nueva evaluación de quienes faltaron a las pruebas correspondientes y que por ésa razón fueron cesados.
- La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia (Exp. N° 2137-95-Lima), con fecha 11 de julio de 1996, de conformidad con el dictamen fiscal, declaró fundada la demanda de amparo presentada pues no se había dado cumplimiento al procedimiento para llevar a cabo la evaluación de personal (El Peruano, 29 de diciembre de 1996, p. 2737).
- La misma Sala Constitucional, declaró fundada la demanda de amparo interpuesta (Exp. N°758-96-Ica) pues, conforme al dictamen fiscal, consideró que “a los actores se les debió poner en conocimiento el calificativo de la Comisión citada” (El Peruano, 28 de diciembre de 1996, p.2695).

De otro lado, debe precisarse que el control jurisdiccional de las evaluaciones admite la posibilidad de examinar la idoneidad de las pruebas efectuadas, ciertamente dentro del ámbito probatorio que permita el respectivo proceso. Al respecto, no cabe alegar una supuesta discrecionalidad técnica de la administración pública que excluya el control; acoger una limitación de esta naturaleza afectaría el derecho a una tutela judicial efectiva reconocido por el

artículo 139º inciso 3) de la Constitución. De esta manera, la actividad de las Comisiones de Evaluación es susceptible de ser evaluada para verificar no sólo el cumplimiento de los procedimientos establecidos, sino además si se han respetado los principios de igualdad, de mérito y capacidad para determinar que hayan aprobado los mejores¹⁸.

En consecuencia, existen pronunciamientos judiciales expresos que ratifican el control judicial de las evaluaciones de personal, así como la sujeción de la Administración Pública a la Constitución y las leyes, que evidencian la existencia de vías judiciales abiertas a las que pueden acudir los quejosos respetando los plazos y presupuestos legalmente establecidos. Su empleo ha demostrado la existencia de irregularidades y excesos cometidos en la aplicación de esta causal de cese.

8. Intervención de la Defensoría del Pueblo.

El artículo 162º de la Constitución y el artículo 9º, inciso 1) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, N° 26520, disponen que corresponde al Defensor del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la población.

El control defensorial no sólo se circunscribe al análisis de la sujeción de la Administración a la Constitución y a las leyes, sino que además la función supervisora de la Defensoría del Pueblo puede extenderse a verificar el cumplimiento del principio de eficacia y el respeto de los intereses generales que ha de guiar la actuación de la Administración Pública.

En el Derecho Público existe consenso en afirmar que “la situación actual de la democracia impone un reforzamiento, y en modo alguno una relajación de los controles. Que ello deba hacerse preservando la eficacia, es obvio, como también que para salvaguardar ésta no deben llegarse en ningún caso a pretender sacrificar controles igualmente efectivos”¹⁹

La Defensoría del Pueblo no intenta suplir ni interferir en las funciones que corresponden a los restantes órganos constitucionales, sino brindar una protección complementaria a los ciudadanos que se sienten afectados en sus derechos. Es así que, cuando sobre los mismos hechos que han motivado la presentación de una queja a la Defensoría se han interpuesto sendas demandas de amparo la queja resulta inadmisibles por cuanto la cuestión planteada se encuentra pendiente de resolución judicial, conforme a lo señalado por el inciso 3) del artículo 20º de la

¹⁸ PIÑAR José Luis Mañas. “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, Documentación Administrativa, Madrid, N°220, 1989, pp.151-153

¹⁹ GARCIA DE ENTERRIA Eduardo, “Democracia, jueces y control de la administración”, Madrid: Civitas, 2º de., 1996, p.121

Ley N°26520. Tratándose de los procesos de evaluación así se dispuso en la Resolución Defensorial N°30-96/DP de 5 de diciembre de 1996.

En cumplimiento de su mandato constitucional y conforme a lo señalado en artículo 26° de la Ley N° 26520, el Ombudsman o Defensor del Pueblo, puede con ocasión de sus investigaciones formular a las autoridades, funcionarios y servidores de la administración pública, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas, en relación a hechos que impliquen mal funcionamiento de la administración estatal, la inadecuada prestación de un servicio público y/o de la violación de derechos constitucionales. Es más, se encuentra legitimada para iniciar acciones de amparo, acciones populares, acciones de inconstitucionalidad y cuenta, además, con iniciativa legislativa.

En consecuencia, el estudio de las diversas quejas y pedidos que se han presentado a la Defensoría del Pueblo sobre la aplicación del Decreto Ley 26093, han permitido formarse una convicción sobre las dimensiones y la naturaleza colectiva del problema planteado, por lo que se estima necesario elaborar un informe especial en el que se efectúen las recomendaciones generales pertinentes atendiendo a la trascendencia colectiva de este tipo de situaciones; y, en ejercicio de su magisterio de la persuasión, sin perjuicio de las actuaciones individuales que vienen realizándose.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Durante el desarrollo del presente informe se han arribado a las siguientes conclusiones y recomendaciones destinadas a que el funcionamiento de la administración estatal sea respetuosa de la Constitución y las leyes, y fundamentalmente de los derechos ciudadanos:

1) Al momento de regular o modificar el estatuto de los servidores públicos debe tomarse en cuenta la necesidad de fortalecer la carrera administrativa, institución constitucionalmente reconocida, sobre la base de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la mira de contar con funcionarios y servidores públicos que velen por los intereses generales, principio esencial que guía la actuación de la Administración Pública.

2) El Estado tiene legítimas atribuciones para disponer una racionalización del personal de la Administración Pública a fin evitar cargas burocráticas que dificulten su actuación. Para ello existen diversas alternativas que se han puesto en práctica. La vía dispuesta por el Decreto Ley N° 26093 que autoriza el cese por la causal de excedencia, en los hechos ha quedado desnaturalizada pues no cumple con los fines para los cuales ha sido diseñada. En este sentido, debería procederse a la suspensión de su aplicación en tanto no se defina la manera racional de llevar adelante una reforma de la Administración Pública que sea compatible con los derechos de los ciudadanos, en el marco de un programa de planificación estratégica que garantice el eficiente cumplimiento de sus funciones.

3) La investigación efectuada por la Defensoría del Pueblo ha evidenciado indicios razonables que denotan la existencia de irregularidades en la realización de los procesos de evaluación de personal. En este sentido, los titulares de los Ministerios, Instituciones Públicas Descentralizadas, así como los Alcaldes Municipales que hayan efectuado procesos de evaluación al amparo del Decreto Ley N° 26093, deberían conceder a los servidores cesados un período extraordinario de reclamación administrativa de las resoluciones que declaran la excedencia.

4) La extensión de lo dispuesto por el Decreto Ley N°26093 a otras instituciones públicas debe aplicarse en los marcos estrictos para los cuales fue ampliada. En este sentido, resulta evidente que las facultades concedidas por la octava disposición transitoria y final de la Ley N° 26553, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año 1996, que comprendió a los gobiernos locales dentro de los alcances del Decreto Ley N° 26093 ya han vencido pues la ley del presupuesto tiene una vigencia anual. En consecuencia, los Gobiernos Locales carecen de potestad legal para disponer el cese por dicha causal a partir del ejercicio 1997.

5) La realización de las evaluaciones por parte de diversas instituciones públicas ha demostrado la presencia de puntuales irregularidades que denotan la falta, por un lado de reglas uniformes para todos los sectores, y de otro el incumplimiento de las existentes. Para lo primero, sería conveniente establecer directivas claras a nivel nacional respetando la autonomía de las entidades evaluadoras, y para lo segundo un mayor control en los procesos de evaluación. En este sentido, los procesos de evaluación deben llevarse a cabo respetando el debido proceso en sede administrativa y los principios de interdicción de la arbitrariedad y participación, a fin de garantizar la transparencia, el derecho a la información del evaluado, la posibilidad de impugnar sus resultados, y la participación de los propios trabajadores en las Comisiones de Evaluación.

6) Debe derogarse el artículo 5º del Decreto Supremo N°017-96-PCM pues viola específicos principios y derechos constitucionales. En todo caso, cualquier ciudadano, y por cierto la Defensoría del Pueblo, puede interponer una demanda de acción popular ante el Poder Judicial. Asimismo, debe derogarse el artículo 2º del Decreto de Urgencia N°004-97 en el extremo que reitera la prohibición de reingresar a laborar a la administración pública bajo cualquier forma o modalidad de contratación o régimen laboral de los trabajadores cesados por la causal de excedencia del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. De no suceder ello, queda abierta la posibilidad de interponer una acción de inconstitucionalidad contra el referido decreto ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de seis meses.

7) Debe modificarse la base de cálculo de la compensación por tiempo de servicios de los servidores públicos a efectos que la misma se compute sobre el monto de la remuneración real y no sobre una base que no responde a criterios de equidad y que en definitiva afecta su carácter previsional. Asimismo, debe recomendarse que los Gobiernos Locales procedan al pago de la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales conforme al régimen que corresponde a la actividad privada, previsto por el Decreto Legislativo N° 650, en virtud de la Ley N°9555. A los obreros municipales no se les puede aplicar el régimen laboral del sector público para proceder al pago de su compensación por tiempo de servicios, pues no se rigen íntegramente por el Decreto Legislativo N° 276. Además, debería concederse a los servidores públicos cesados en aplicación del Decreto Ley N° 26093 una compensación especial contemplando para ello la partida correspondiente en la ley del presupuesto.

8) La Defensoría del Pueblo como órgano autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y la supervisión de la administración estatal tiene plena competencia para investigar las evaluaciones de personal realizadas. No es de su competencia declarar la nulidad de las evaluaciones realizadas, sin perjuicio del derecho que corresponda a los interesados de acudir al Poder Judicial, respetando los plazos y presupuestos legalmente establecidos.

V. ANEXO LEGISLATIVO

1. Decreto Ley N° 26093

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional;
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;
Ha dado el Decreto Ley siguiente:

Artículo 1°.- Los titulares de los distintos Ministerios y de las Instituciones Públicas Descentralizadas, deberán cumplir con efectuar semestralmente programas de evaluación de personal de acuerdo a las normas que para tal efecto se establezcan.

Autorízase a los referidos titulares a dictar las normas necesarias para la correcta aplicación el presente dispositivo, mediante Resolución.

Artículo 2°.- El personal que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo anterior no califique, podrá ser cesado por causal de excedencia.

Artículo 3°.- Deróganse o déjense en suspenso, según sea el caso, las disposiciones que se opongan al presente Decreto Ley.

Artículo 4°.- El presente Decreto Ley entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

Dado en la casa de Gobierno, en Lima, a los veinticuatro días del mes de diciembre de mil novecientos noventidós.

2. Ley N° 26553

Octava Disposición Transitoria y Final.- Inclúyase dentro de los alcances del Decreto Ley N° 26093 a los organismos comprendidos en el Volumen 03 del Artículo 4° de la presente Ley.

3. Decreto de Urgencia N° 085-96

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú en el Artículo 177° instituye el Sistema Electoral Peruano y crea el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil;

Que, la Ley N° 26497 Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, establece la personería jurídica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil como de derecho público interno, con autonomía y atribuciones en materia técnica, registral, económica, financiera y administrativa;

Que, en virtud de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 26487 el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil asumió al Registro Electoral del Perú;

Que, como consecuencia de dicha asunción se ha producido un sobredimensionamiento e inadecuada asignación de personal, lo que conlleva a la presencia de ineficiencias operativas, contrarias a los fines precisados en la Ley N° 26497;

Que, es conveniente superar los problemas señalados acorde con el proceso de modernización integral y políticas de austeridad y reestructuración organización del Estado propuestas por el Poder Ejecutivo;

Que, en consecuencia es necesario aprobar un programa de racionalización y constituir una comisión ejecutiva, que tendrá entre otras funciones la de calificar y evaluar al personal del Registro Electoral del Perú, y ratificar o cesar al personal según los resultados de la evaluación;

De conformidad con el inciso 19) del Artículo 118° de la Constitución Política del Perú’;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo de dar cuenta al Congreso;

DECRETA:

Artículo 1°.- Extiéndase los alcances y aplicación del Decreto Ley N° 26093 al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, con la finalidad de llevar adelante un programa de evaluación de personal sin incentivos.

Artículo 2°.- Los gastos por Compensación por Tiempo de Servicios y/o Gratificaciones por 25 ó 30 años de Servicios que correspondan, deberán ser asumidos por el Pliego 033-Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, con cargo a su presupuesto autorizado para 1996.

Artículo 3°.- La presente disposición no irrogará mayores egresos al Tesoro Público, que los ya previstos y en ejecución, según lo dispuesto por la Ley N° 26553, Ley de Presupuesto del Sector Público para 1996.

Artículo 4°.- El presente Decreto de Urgencia será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los seis días del mes de noviembre de mil novecientos noventa y seis.

4. Decreto Supremo N° 017-96-PCM

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que, es componente sustancial del proceso de reforma del Estado la eficiencia en la contratación de personal idóneo por el Sector Público, a efectos de mejorar la prestación de servicios a la sociedad y obtener un incremento en la productividad.

Que, en consecuencia, es necesario dictar normas que permitan alcanzar el referido objetivo, a través de la aplicación de un adecuado procedimiento de selección de personal para cubrir las plazas en los Organismos comprendidos en la estructura institucional del Presupuesto del Sector Público determinada en el Artículo 7° de la Ley N°26199,

De conformidad con el Decreto Legislativo N°560 y Decreto Ley N° 26093.
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

DECRETA:

Artículo 5°.- El personal cesado en aplicación del Decreto Ley N° 26093 no podrá ser admitido bajo ninguna de las modalidades de prestación de servicios en los Organismos referidos en el Artículo 1° del presente Decreto Supremo.

Artículo 6°.- El presente Decreto Supremo será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los siete días del mes de marzo de mil novecientos noventa y seis.

5. Decreto de Urgencia N° 004-97

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

CONSIDERANDO:

Que, en aplicación del Artículo 177° de la Constitución Política del Perú se estableció la nueva conformación del sistema electoral, pasando la mayor parte de los trabajadores del ex Pliego Jurado Nacional de Elecciones a laborar al Pliego Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, de reciente creación;

Que, la situación indicada ha causado un sobredimensionamiento de personal en la citada institución, por lo que se adoptaron medidas administrativas necesarias para su adecuación institucional;

Que, en tal sentido es necesario autorizar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a otorgar, por única vez, una bonificación extraordinaria adicional a sus beneficios sociales, a los trabajadores que hayan cesado por causal de excedencia en aplicación del Decreto de Urgencia N° 085-96;

Que, la bonificación a que se refiere el presente Decreto de Urgencia, por su carácter extraordinario no constituye precedente para la aplicación de la Ley N° 26903;

De conformidad con lo dispuesto por el inciso 19) del Artículo 118° de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,
Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

DECRETA:

Artículo 1°.- Autorízase al Pliego Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a otorgar, por única vez, una bonificación de carácter extraordinario por cese, a todo el personal que ha sido cesado en virtud de las acciones dispuestas por el Decreto de Urgencia N°085-96 y que irrevocablemente se acoja a lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 2°.- La citada bonificación extraordinaria conlleva a que el trabajador cesante no podrá reingresar a laborar en la administración pública bajo cualquier forma o modalidad de contratación o régimen laboral, debiendo renunciar expresamente a formular cualquier reclamo contra el Estado; dicha bonificación se otorgará de acuerdo a lo siguiente:

a) Para los trabajadores no sujetos al régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530:

Cuatro (4) ingresos totales mensuales, si el funcionario o trabajador tiene una antigüedad mayor de un (1) año y hasta cinco (5) años;

Ocho (8) ingresos totales mensuales si el trabajador tiene una antigüedad mayor de cinco (5) y hasta diez (10) años;

Diez (10) ingresos totales mensuales, si el funcionario o trabajador tiene una antigüedad mayor de diez (10) y hasta quince (15) años;

Doce (12) ingresos totales mensuales si el trabajador tiene una antigüedad mayor de quince (15) años;

b) Para los trabajadores sujetos al régimen de pensiones establecido por el Decreto Ley N° 20530:

Reconocimiento de tres (3) años de servicios adicionales.

Este beneficio no podrá ser utilizado para solicitar la incorporación en el régimen del Decreto Ley N° 20530.

El ingreso total mensual al que se refiere el presente artículo es aquel que le correspondía percibir al trabajador a la fecha de su cese.

El referido personal excedente podría acogerse a este beneficio dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación del presente Decreto de Urgencia.

Dicho beneficio será pagado en un plazo máximo de 15 días hábiles de vencido el plazo indicado en el párrafo precedente.

Artículo 3°.- Autorízase a la Dirección General del Tesoro Público a otorgar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil un préstamo de hasta Seis Millones y 00/100 Nuevos Soles (S/.6 000 000,00) para los fines establecidos en la presente norma legal.

Dicha suma no devengará intereses y será reembolsada por el citado Pliego con cargo a sus recursos directamente recaudados, en dieciocho armadas mensuales, iguales y consecutivas, con vencimientos a partir del 30 de abril de 1997.

La utilización, devolución y demás acciones relacionadas con la administración del préstamo son de competencia y responsabilidad del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

Artículo 4°.- Mediante Resolución Ministerial de Economía y Finanzas se dictarán las normas complementarias que resulten necesarias para la aplicación de este dispositivo legal.

Artículo 5°.- El presente Decreto de Urgencia será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Economía y Finanzas.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintidós días del mes de enero de mil novecientos noventa y siete.