



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

INFORME TÉCNICO N° 610 -2019-SERVIR/GPGSC

De : **CYNTHIA SÚ LAY**
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Sobre la aplicación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1405

Referencia : Oficio N° 660-2019-MTPE/4

Fecha : Lima, 26 ABR. 2019

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia a), el Secretario General del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo traslada a SERVIR la consulta formulada por el Gerente Corporativo de Asuntos Legales y Regulatorios de la Corporación FONAFE sobre el ámbito de aplicación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1405, que establece regulaciones para que el disfrute del descanso vacacional remunerado favorezca la conciliación de la vida laboral y familia para el sector privado (Decreto Supremo N° 002-2019-TR).

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 SERVIR es un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada Entidad.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.
- 2.3 En tal sentido, cabe concluir que no corresponde a SERVIR, a través de una opinión técnica, emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello, el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.

Sobre el ejercicio de la función pública y el personal de las empresas públicas bajo el ámbito de FONAFE

- 2.4 Previamente, debemos indicar que nuestra Constitución Política establece en su artículo 31° que "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación".





“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”

“Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”

Delimitando en su artículo 40° que *“no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”*.

- 2.5 De la mencionada disposición constitucional se aprecia que por mandato constitucional los trabajadores de las empresas del Estado al no ejercer función pública no forman parte del servicio civil, por tanto la vínculo laboral que mantienen dichas empresas con sus trabajadores se rige por el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Legislativo N° 728, lo cual en principio equipararía su trabajo con el de un trabajador de una empresa del Sector Privado diferenciándolo así de la labor de un servidor o funcionario público.
- 2.6 Siendo así, es menester precisar que corresponde entender por función pública, para tal efecto debemos observar las distintas definiciones esbozadas en las siguientes normas:
- i) La Carta Iberoamericana de la Función Pública¹, que *“La función pública de un país puede albergar relaciones de empleo basadas en un nombramiento o en un contrato, reguladas por el derecho público o por el derecho privado, y cuyas controversias se sustancian ante órganos judiciales especiales o ante tribunales comunes”*.
 - ii) La Convención Interamericana Contra la Corrupción² celebrada por los miembros de la Organización de los Estados Americanos (suscrita y ratificada por el Perú), define a la *“Función Pública”*, como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
 - iii) Ley N° 27815, Código de Ética de la Función Pública, en su artículo 2° establece que para efectos de la referida norma debe entenderse como función pública, a toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria que realiza una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
 - iv) A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional mediante el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, señala que *“(…) La función pública debe ser entendida, desde el punto de vista material, como la actividad temporal o permanente, remunerada o honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (…)”*

- 2.7 Del análisis de los conceptos antes citados podemos indicar que, la *función pública* como categoría jurídica conceptual desde el punto de vista teórico está vinculada particularmente a las funciones que tiene el Estado- las cuales aun cuando puedan ser delegadas son de su titularidad- reflejan el poder público o *ius imperium* del Estado en cumplimiento de sus deberes constitucionalmente establecidos; así como, los deberes y



¹ Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en el año 2003

² Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”

“Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”

obligaciones que afectan a los servidores públicos (como la lealtad a la Constitución y a la ley, imparcialidad, interés público) que diferencian al trabajador privado de un servidor público.

- 2.8 En ese sentido, podemos colegir que la labor que desempeñan los trabajadores de las empresas del Estado (entre ellas las empresas bajo el ámbito de FONAFE) no se encuentra vinculada al ejercicio de la función pública, muy por el contrario su desempeño está más orientado a la obtención de rentabilidad empresarial por su participación en el mercado, de acuerdo al objeto social de la empresa.

Sobre FONAFE y las empresas públicas bajo su ámbito de competencia

- 2.9 FONAFE, es una empresa de derecho público adscrita al Sector Economía y Finanzas, creada por Ley N° 27170³, encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado⁴. Bajo el ámbito del FONAFE están las empresas cuyo capital pertenece, de manera directa o indirecta, íntegramente al Estado y aquellas en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria, con las excepciones previstas en la Ley. Respecto a las empresas en que el Estado tiene participación minoritaria en el capital, FONAFE únicamente ejerce la titularidad de las acciones⁵. Asimismo, el personal del FONAFE está sujeto al régimen laboral de la actividad privada⁶.

- 2.10 Conforme a la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, las empresas del Estado no están comprendidas en el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, cuya rectoría la ejerce la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR); no obstante, respecto a las empresas del Estado sujetas al ámbito de competencia del FONAFE, SERVIR podrá colaborar con este organismo, con sujeción a lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y sus leyes especiales.

Sobre el ámbito de aplicación del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1405

- 2.11 El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1405, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2019-PCM, establece que: “(...) sus disposiciones son de aplicación a todos los servidores del Estado, bajo cualquier régimen de contratación laboral, especial o de carrera incluyendo al Cuerpo de Gerentes Públicos, salvo que se regulen por normas más favorables”. (el subrayado es nuestro)

- 2.12 Siendo así, y teniendo en consideración lo señalado en los numerales 2.4 y 2.8 del presente informe, podemos inferir que los trabajadores de las empresas del Estado bajo la competencia de FONAFE al no ser parte del servicio civil, no se encuentran comprendidos bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1405, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2019-PCM.



³ Publicada el 9 de septiembre de 1999 y vigente a partir del 10 de septiembre de 1999.

⁴ De conformidad con el numeral 1.1. del artículo 1° de Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad del Estado, y el artículo 2° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 072-200-EF.

⁵ Artículo 4° del Reglamento de la Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad del Estado.

⁶ Artículo 32° del Reglamento de la Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad del Estado.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”

“Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”

III. Conclusiones

- 3.1. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución, el personal que presta servicios en las empresas del estado (como es el caso de las empresas bajo la competencia de FONAFE) no ejerce función pública, por tanto no podrían ser considerados como servidores o funcionarios públicos.
- 3.2. La labor que desempeñan los trabajadores de las empresas del Estado no se encuentra vinculada al ejercicio de la función pública, muy por el contrario su desempeño está más orientado a la obtención de rentabilidad empresarial por su participación en el mercado, de acuerdo al objeto social de la empresa.
- 3.3. Conforme a la Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, las empresas del Estado no están comprendidas en el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.
- 3.4. El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1405, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2019-PCM, delimita su ámbito de aplicación a los servidores del Estado, bajo cualquier régimen de contratación laboral; siendo así, y teniendo en cuenta lo señalado en los numerales 2.4 y 2.8 del presente informe, podemos colegir que los trabajadores de las empresas del Estado, bajo la competencia de FONAFE al no formar parte del servicio civil se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del mencionado Reglamento.

Atentamente,

CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL