



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 del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

INFORME TÉCNICO N° 1031 -2018-SERVIR/GPGSC

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

Asunto : a) Responsabilidad disciplinaria por incumplimiento del horario de trabajo por parte de servidores de confianza.
b) Pago de remuneración dejada de percibir por sanción de suspensión declarada nula.
c) Conflicto de intereses.

Referencia : Oficio N° 001-2018-MPI/A-GM-OAJ-ST

Fecha : Lima, **04 JUL. 2018**

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, la Secretaria Técnica de la Municipalidad Provincial de Islay consulta a SERVIR lo siguiente:

- a) ¿Se puede iniciar proceso administrativo disciplinario a un servidor de confianza sujeto al régimen CAS, por tardanzas, es decir por la falta contemplada en el literal n) del artículo 85º de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, cuando el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos ha señalado que dichos trabajadores tienen particularidades que los diferencian del resto del personal de la entidad, pues por la naturaleza de sus funciones se encuentran excluidos de la jornada máxima legal?
- b) ¿Se debe pagar la remuneración dejada de percibir por parte de un servidor a consecuencia de una resolución de sanción del proceso administrativo disciplinario, la cual fue apelada ante el Tribunal del Servicio Civil y este resuelve declarar fundado el recurso, revocando la citada resolución?
- c) ¿El regidor de un gobierno local puede ejercer su profesión de abogado, patrocinando a particulares en casos donde se contienden intereses de la Municipalidad para la cual él es regidor?

II. Análisis

Competencia de SERVIR

Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del Servicio Civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al Servicio Civil, entre otras, emita de manera progresiva.

- 2.2 Siendo SERVIR 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.



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 del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

- 2.3 En ese sentido, 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 (en adelante SAGRH), 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.

Sobre el control de asistencia del personal de dirección o de confianza

- 2.4 En este extremo, nos remitimos a lo señalado en el Informe Técnico N° 2256-2016-SERVIR/GPGSC (disponible en www.servir.gob.pe), en el cual se concluyó lo siguiente:

“(…)

- 3.1 *De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la Constitución Política del Perú, los empleados de confianza, al igual que otros servidores públicos y funcionarios del Estado, se encuentran al servicio de la Nación, no obstante, están sujetos a determinadas particularidades en el ejercicio de su función pública. Así, el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos ha señalado que una de las particularidades de la vinculación de los empleados de confianza, es el hecho que aquellos no se encuentran sujetos a la jornada máxima legal, por lo que, están exentos de marcación de asistencia.*
- 3.2 *No obstante, el literal d) de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece que el pago de remuneraciones sólo corresponde como contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, quedando prohibido, salvo disposición de Ley expresa en contrario o por aplicación de licencia con goce de haber de acuerdo a la normatividad vigente, el pago de remuneraciones por días no laborados. En consecuencia, la entidad puede establecer mecanismos para validar el cumplimiento de las labores asignadas al empleado de confianza, entre otras, el registro o marcación de asistencia para aquellos servidores de confianza que considere pertinente”.*
- 2.5 En base a lo antes reseñado, se tiene que los empleados de confianza no se encuentran sujetos a la jornada máxima legal, estando por tanto exentos de la marcación de asistencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (en adelante, LGSNP) establece que el pago de remuneraciones solo corresponde por el trabajo efectivamente realizado, las entidades deben tomar las medidas necesarias a efectos de verificar el cumplimiento de las labores asignadas a los empleados de confianza, pudiendo ser una de estas, el establecer su obligación de cumplir con la marcación de asistencia.
- 2.6 En ese contexto, no resultaría posible imputar a un servidor de confianza la falta descrita en el literal n) del artículo 85° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, LSC), pues esta supone: “El incumplimiento injustificado del horario y la jornada de trabajo”, siendo que estos servidores no se encuentran sujetos a la jornada máxima legal.

De la misma manera, en los casos en que una entidad hubiera establecido para sus empleados de confianza la obligación de registrar su ingreso y salida (como un mecanismo para garantizar la remuneración únicamente por el servicio efectivamente prestado), el incumplimiento de dicha obligación no se subsumiría en el literal n) del artículo 85° de la LSC, pues la infracción no constituiría propiamente un incumplimiento del horario o jornada laboral (ya que por su naturaleza están exentos de la misma).





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 del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

Sobre el pago de remuneraciones dejadas de percibir por imposición de sanción disciplinaria de suspensión declarada nula

2.7 Sobre este tema, nos remitimos a la opinión expuesta en el Informe Técnico N° 1925-2016-SERVIR/GPGSC (disponible en www.servir.gob.pe), cuyo contenido ratificamos y recomendamos revisar para mayor detalle, en el cual se concluyó lo siguiente:

“(…)

3.1 *Según lo establecido en el inciso d) de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, las entidades de la administración pública sólo pueden efectuar el pago de remuneraciones como contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, salvo disposición de ley expresa en contrario o por aplicación de licencia con goce de haber de acuerdo con la normatividad vigente.*

3.2. *La sanción administrativa disciplinaria impuesta por una entidad de la administración pública es susceptible de presentar vicios que acarren su nulidad, sujetándose a las disposiciones sobre nulidad establecidas por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y a lo señalado en el numeral 12.3 del artículo 12 de la misma Ley que dispone que en caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado.*

3.3 *Corresponderá al trabajador de la entidad de la administración pública evaluar si, en función de lo establecido en el numeral 12.3 del artículo 12 y lo previsto en el artículo 238 de la Ley N° 27444, interpone la acción contencioso administrativa para reclamar como indemnización el cobro de los días dejados de laborar por la imposición de sanción de suspensión sin goce de remuneraciones o destitución que, luego de su ejecución, fuera declarada nula.”*

Sobre las prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos

2.8 En lo que respecta a este punto, nos remitimos a lo precisado en el Informe Técnico N° 455-2018-SERVIR/GPGSC (disponible en www.servir.gob.pe), cuyo contenido ratificamos y recomendamos revisar para mayor detalle, en el cual se concluyó lo siguiente:

“(…)

3.1 *Las prohibiciones e incompatibilidades de los funcionarios y servidores públicos, en la actualidad, son reguladas por la Ley N° 27588, la cual establece la prohibición de intervenir -entre otros- como abogado de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma entidad del Estado en la que prestan servicios.*

3.2 *Los funcionarios o servidores públicos solo se encontrarán prohibidos de ejercer la defensa legal en causas particulares si su labor en la entidad donde presta servicios se enmarca dentro de los supuestos previstos por el artículo 1° de la Ley N° 27588; excepto cuando se trate de causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores.*

3.3 *Si bien no existe prohibición expresa para que un servidor público (no comprendido en el artículo 1° de la Ley N° 27588) patrocine contra la entidad del Estado en la que presta*





“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

servicios, dicha posibilidad debe descartarse a partir del deber de probidad y de la prohibición de mantener intereses en conflicto que la Ley del Código de Ética y Función Pública establece; por lo cual las entidades públicas deberán ponderar las particularidades de cada caso.

3.4 *No existe restricción alguna para que servidores públicos ejerzan la abogacía a favor de particulares cuando estos accionan en contra de otros particulares (cuando el Estado no es parte de la relación jurídico-procesal) y siempre que dicha labor se ejerza fuera de la jornada laboral correspondiente a la entidad en la que desempeñan labores.”*

2.9 En ese contexto, no resultaría posible que un regidor patrocine intereses particulares en contra de la Municipalidad en la cual ejerce funciones, pues ello importaría una trasgresión a la prohibición de mantener intereses en conflicto previsto en el literal 1) del artículo 8º de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

III. Conclusiones

3.1 Los empleados de confianza no se encuentran sujetos a la jornada máxima legal, por tanto se encuentran exentos de la marcación de asistencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que la LGSNP establece que el pago de remuneraciones solo corresponde por el trabajo efectivamente realizado, las entidades deben tomar las medidas necesarias a efectos de verificar el cumplimiento de las labores asignadas a los empleados de confianza, pudiendo ser una de estas, el establecer su obligación de cumplir con la marcación de asistencia.

3.2 No resultaría posible imputar a un servidor de confianza la falta descrita en el literal n) del artículo 85º de la LSC, pues esta supone: “El incumplimiento injustificado del horario y la jornada de trabajo”, siendo que estos servidores no se encuentran sujetos a la jornada máxima legal. Asimismo, en los casos en que una entidad hubiera establecido para sus empleados de confianza la obligación de registrar su ingreso y salida (como un mecanismo para garantizar la remuneración únicamente por el servicio efectivamente prestado), el incumplimiento de dicha obligación no se subsumiría en el literal n) del artículo 85º de la LSC, pues la infracción no constituiría propiamente un incumplimiento del horario o jornada laboral (ya que por su naturaleza están exentos de la misma).

3.3 La sanción administrativa disciplinaria impuesta por una entidad de la administración pública es susceptible de presentar vicios que acarren su nulidad, sujetándose a las disposiciones sobre nulidad establecidas por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y a lo señalado en el numeral 12.3 del artículo 12 de la misma Ley que dispone que en caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, sólo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado.

Por tanto, corresponderá al trabajador de la entidad evaluar si, en función de lo establecido en el numeral 12.3 del artículo 12º y lo previsto en el artículo 258.1º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, interpone la acción contencioso administrativa para reclamar como indemnización el cobro de los días dejados de laborar por la imposición de sanción de suspensión sin goce de remuneraciones o destitución que, luego de su ejecución, fuera declarada nula.





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 del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

- 3.4 Si bien no existe prohibición expresa para que un servidor público (no comprendido en el artículo 1º de la Ley N° 27588) patrocine contra la entidad del Estado en la que presta servicios, dicha posibilidad debe descartarse a partir del deber de probidad y de la prohibición de mantener intereses en conflicto que la Ley del Código de Ética y Función Pública establece; por lo cual las entidades públicas deberán ponderar las particularidades de cada caso.
- 3.5 Consecuentemente, no resultaría posible que un regidor patrocine intereses particulares en contra de la Municipalidad en la cual ejerce funciones, pues ello importaría una trasgresión a la prohibición de mantener intereses en conflicto previsto en el literal 1) del artículo 8º de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

Atentamente,

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

