



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° 676 -2018-SERVIR/GPGSC

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

Asunto : Sobre reserva de plaza de un servidor designado a un cargo de confianza

Referencia : Oficio N° 187-090-00002851

Fecha : Lima, **02 MAYO 2018**

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Gerente de Recursos Humanos del Servicio de Administración Tributaria de Lima (SAT) remitiéndose a un informe legal interno consulta a SERVIR lo siguiente:

- a) Teniendo en cuenta el Informe Legal N° 268-2010-SERVIR/GG-OAJ que facultó el pago de indemnización a un trabajador promocionado por causal de despido injustificado, y habiéndose emitido el Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC, señalando de manera expresa lo contrario ¿Recién con el Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC se aplicaría el nuevo criterio?
- b) ¿Pese a que la normativa que regula el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 y la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, no han regulado la figura de la reserva de la plaza de aquel trabajador del citado régimen, que al haber realizado labores comunes u ordinarias es promovido a un cargo de confianza o de dirección, y que después de perderla o retirársele (remoción), debe retornar a realizar sus labores ordinarias o habituales previas a su designación, tal y como se efectúa en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276; las autoridades de la administración pública se encontraría habilitadas y tendrían la potestad legal para efectuar dicha reserva, sin contravenir el principio de legalidad?
- c) ¿Sobre la base de lo señalado en el Informe Legal N° 268-2010-SERVUR/GG-OAJ, correspondería el pago de la indemnización respectiva en el caso de un trabajador del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 que: i) accedido a un puesto de trabajo de manera directa en la administración pública para realizar funciones comunes u ordinarias y que posteriormente fue promovido a la condición de confianza o de dirección; y ii) respecto del cual, al extinguirse la relación laboral por retiro de confianza, resulta imposible efectuar su reposición, debido a que, en tanto el cargo como la unidad orgánica a la que pertenecía antes de ser promovido, ya no existían (ni existen a la fecha) en la entidad, por cuando fueron derogados al aprobarse una nueva estructura orgánica contemplada en su vigente Reglamento de Organización y Funciones y Manual de Organización y Funciones de la entidad, no habiendo incluso plaza vacante de similar nivel, categoría y remuneración para efectuar la reposición?





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”

II. Análisis

De las competencias de SERVIR

- 2.1 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.
- 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, 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 pago de una indemnización por despido arbitrario

- 2.4 Al respecto, corresponde señalar que en el Informe Legal N° 268-2010-SERVIR/GG-OAJ, sobre el pago de una indemnización por despido arbitrario de un servidor de confianza, se concluyó lo siguiente:

“3.1 En el régimen laboral privado se presume, en toda prestación personal de servicios subordinados y remunerados, la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado o sujeto a modalidad.

Generalmente los contratos de trabajo para el personal de dirección o de confianza, en el régimen del Decreto Legislativo N° 728, se realizan a través de contratos a plazo determinado, donde el vencimiento del plazo permite la extinción del mismo.

Distinto sería el caso para aquellos funcionarios que accedieron a una plaza mediante concurso público a plazo indeterminado; toda vez que, para que dicho contrato se extinga, éste debe sustentarse en una causal prevista en ley y debidamente probada, de lo contrario, el mismo calificaría como arbitrario y se generaría el pago de la indemnización.

(...)”

- 2.5 Ahora bien, en el Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC respecto de la extinción del vínculo laboral del personal de confianza de la actividad privada, se ha concluido lo siguiente:

“3.2 De acuerdo a los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el retiro de la confianza genera la pérdida del empleo, siempre que desde el inicio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección; de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias antes de la designación a un cargo de confianza, el servidor tendría que regresar a realizar sus labores habituales, bajo las condiciones remunerativas que corresponde al cargo que ostenta.”.





“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

- 2.6 La entidad consultante sostiene que mediante Informe Legal N° 268-2010-SERVIR/GG-OAJ se facultó el pago de indemnización a un trabajador promocionado por causal de despido injustificado; sin embargo, corresponde señalar que bien entendidas las cosas, en el referido informe legal se hace un análisis normativo sobre las consecuencias del despido arbitrario, cuando el cese del servidor con contrato a plazo indeterminado no está relacionado con su conducta o capacidad prevista en el Decreto Legislativo N° 728.
- 2.7 Así, no se puede sostenerse que el informe legal en referencia se “autorizó” a la entidades de la administración pública al pago de una indemnización por despido arbitrario a aquellos servidores que accedieron a un contrato laboral a plazo indeterminado mediante concurso público promovidos a un cargo de confianza; ello en razón, la Administración Pública, conforme al principio de legalidad¹, deben actuar dentro de las facultades que le estén expresamente atribuidas por normas jurídicas, no pudiendo otorgar conceptos económicos si no existe precepto legal previo que específicamente los habilite para ello; más aún, si el referido informe no constituye precedente administrativo de observancia obligatoria.
- 2.8 Aunado a lo expuesto no puede perderse de vista, como se ha señalado en el numeral 2.8 del Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC, que el Tribunal Constitucional N° 03501-2006-PA/TC ha señalado que: “11. (...) El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.”.
- 2.9 Ahora bien, corresponde observar el Informe Legal N° 418-2012-SERVIR/GPGRH de carácter vinculante, en el que se concluyó: “La remoción de los empleados de confianza en los términos de la Ley Marco del Empleo Público no genera derecho alguno de indemnización, toda vez que de acuerdo a dicha norma, la designación y remoción de aquellos es libre.”

Mientras que en el Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC se concluyó en el numeral 3.3 que: “La remoción (término de la designación) de un servidor en el cargo de confianza, ya sea que haya accedido de forma directa o por promoción no genera pago alguno de indemnización, toda vez que de acuerdo al artículo 4 de la Ley Marco del Empleo Público los servidores de confianza son de libre designación o remoción.”.

- 2.10 Entonces, la conclusión contenida en el numeral 3.3 del Informe el Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC no se contradice con Informe Legal N° 418-2012-SERVIR/GPGRH (de carácter vinculante) ni con el Informe Legal N° 268-2010-SERVIR/GG-OAJ, toda vez que la remoción (término de la designación) de un servidor en el cargo de confianza por designación no genera pago alguno

Al respecto, el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS prevé:

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...)”



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”

de indemnización, ya que dicho servidor debe regresar a las labores habituales u ordinarias de origen, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en retiradas sentencias², de haber accedido al empleo público mediante concurso de méritos a un contrato a plazo indeterminado. En consecuencia, ratificamos el Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC.

Respecto de la reserva de plaza de un servidor designado en un cargo de confianza

- 2.11 En relación a la reserva de plaza de un servidor bajo el Decreto Legislativo N° 728, SERVIR ha tenido oportunidad de emitir opinión legal en el Informe Técnico N° 373-2018-SERVIR/GPGSC (publicado en: www.servir.gob.pe) en el que se señaló lo siguiente:

“2.5 Por su parte, en el régimen del Decreto Legislativo N° 728 la figura del desplazamiento no cuenta con una regulación especial; sin embargo, la posibilidad de desplazar físicamente a un servidor, para desempeñar iguales o diferentes funciones en la misma entidad o en distinto lugar geográfico, emerge del poder de dirección que ostenta la entidad respecto del servidor en el cumplimiento de las funciones encomendadas, lo que le permite organizar el trabajo de la manera que resulte conveniente a las necesidades institucionales y, en ese entendido, variar algunas condiciones de la prestación de servicios.

2.6 Por otro lado, debemos resaltar la conveniencia de que cada institución con personal sujeto al régimen de la actividad privada, cuente con instrumentos internos que normen la manera y condiciones en que se hacen efectivos las acciones de desplazamiento, como la designación o el encargo, a efectos de ordenar su gestión administrativa y proscribir cualquier arbitrariedad que se pudiera alegar en la ejecución de dichas acciones.

2.7 Atendiendo a lo señalado precedentemente, para el caso de los servidores sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 728, además de que dicha acción de desplazamiento debe estar contenida en directivas o lineamientos que previamente hayan aprobado las instituciones, debe respetarse las condiciones contractuales esenciales de los servidores involucrados como la remuneración y categoría, según lo previsto en las disposiciones que son propias de su régimen, a fin de reducir al máximo la posibilidad de tratos arbitrarios o diferenciados sin justificación.

2.8 Asimismo, debemos indicar que en caso un servidor contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 728 a plazo indefinido sea designado a un cargo distinto bajo el cual fue contratado, se deberá proceder a la reserva de su plaza por todo el período que dure la designación o desplazamiento efectuado; pues si bien en el régimen del Decreto Legislativo N° 728 no ha sido regulada la figura de la reserva de la plaza, esta sería de aplicación tomando como referencia lo regulado a tal efecto en el régimen del Decreto Legislativo N° 276, toda vez que el servidor contratado a plazo indeterminado realiza una prestación de servicios a tiempo indeterminado.

2.9 Es importante indicar que en el caso de los trabajadores sujetos a contratos temporales dentro del régimen del Decreto Legislativo N° 728, la duración de dichos contratos está supeditada al cumplimiento del objeto del contrato según la modalidad suscrita, en ese sentido, si el trabajador sujeto a un contrato modal es desplazado, debe



² Sentencias N° 03501-2006-PA/TC, 08257-2006-PA/TC entre otras.



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”

verificarse que la causa objetiva que motivo su contratación temporal subsista, debiendo retornar a su cargo de origen para que concluya su prestación bajo la modalidad temporal por la cual fue contratado.”

Por lo tanto, respecto de la reserva de plaza de un servidor designado a un cargo de confianza bajo el Decreto Legislativo N° 728, nos remitimos y ratificamos el informe técnico aludido.

En cuanto a la reestructuración de la entidad

- 2.12 Como se ha señalado en el numeral 2.3, las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en este sentido, corresponde a la entidad adoptar las medidas o mecanismos administrativos con el objeto de salvaguardar derechos irrenunciables de los servidores, así como observar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación a los trabajadores designados a cargos de confianza, que se han hecho referencia en el presente informe.

III. Conclusiones

- 3.1 En el Informe Legal N° 268-2010-SERVIR/GG-OAJ se realizó un análisis normativo sobre las consecuencias del despido arbitrario, cuando el cese del servidor con contrato a plazo indeterminado no está relacionado con su conducta o capacidad conforme el Decreto Legislativo N° 728. En este sentido, el Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC, sobre la remoción (término de la designación) de un servidor en el cargo de confianza, no contiene una opinión contradictoria, por el contrario se condice con el informe Legal N° 418-2012-SERVIR/GPGRH de carácter vinculante; por lo que ratificamos el Informe Técnico N° 272-2018-SERVIR/GPGSC, en todos sus extremos.
- 3.2 Sobre la reserva de plaza de un servidor bajo el Decreto Legislativo N° 728, nos remitimos al Informe Técnico N°373-2018-SERVIR/GPGSC (publicado en: www.servir.gob.pe) el que ratificamos.
- 3.3 Las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en este sentido, corresponde a la entidad adoptar las medidas o mecanismos administrativos con el objeto de salvaguardar derechos irrenunciables de los servidores, así como observar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación a los trabajadores designados a cargos de confianza, que se han hecho referencia en el presente informe.

Atentamente,


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

CSL/abs/ova

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes Técnicos\2018

