



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"



INFORME TÉCNICO N° 828 -2017-SERVIR/GPGSC

A : **JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN**
Presidente Ejecutivo

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

Asunto : Situación del vínculo laboral de los servidores penitenciarios que se encuentran con mandato de prisión preventiva

Referencia : Oficio N° 1437-2017-INPE/09.01

Fecha : Lima, **10 AGO. 2017**



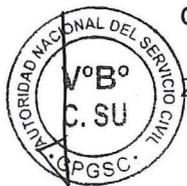
I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Unidad de Recursos Humanos del Instituto Nacional Penitenciario consulta a SERVIR lo siguiente:

- ¿Si a los servidores de la Ley N° 29709, Ley de la Carrera Pública Penitenciaria, que se encuentran con orden de detención preventiva se le aplica, de manera supletoria, lo dispuesto en el literal g) del artículo 47° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil?
- ¿Cómo quedan los derechos laborales de los servidores de la Ley N° 29709 durante el tiempo que se encuentran con orden de detención preventiva toda vez que la norma no hace mención sobre el particular?

II. Análisis

Competencia 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

De la aplicación del marco de la Ley del Servicio Civil a los servidores de regímenes especiales

- 2.4 La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en adelante LSC, establece que el régimen previsto en dicha Ley no resulta aplicable (no están comprendidos) a los servidores sujetos a carreras especiales, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1023¹; reconociéndose como carrera especial a la normada por Ley N° 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria.
- 2.5 Asimismo, dicho cuerpo legal establece que los servidores sujetos a carreras especiales se rigen supletoriamente por el artículo III del Título Preliminar (referido a los principios de la LSC), el Título II (referido a la organización del servicio civil) y el Título V (referido al régimen disciplinario y proceso administrativo sancionador) de la LSC.
- 2.6 La Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento General de la LSC, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, señala que a los servidores sujetos a carreras especiales no les resulta aplicable las disposiciones contenidas en el Libro II (Régimen del Servicio Civil) del Reglamento²; sin embargo, precisa que sí se encuentran sujetos al Sistema de Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, conforme a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1023.

Así pues, las entidades que no cuentan con resolución de inicio de implementación únicamente aplicarán el libro I del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil.

- 2.7 En ese sentido, las disposiciones del libro II del indicado Reglamento, denominado "*Del régimen del Servicio Civil*" (artículo 198°), cuya aplicación será para los servidores civiles del régimen de la Ley del Servicio que hayan migrado a tal régimen, no son de aplicación a los servidores de los regímenes de los Decretos Legislativo N° 276, 728 y 1057, ni a los sujetos a regímenes especiales, como los de la Carrera Especial Pública Penitenciaria.

De los efectos de la prisión preventiva

- 2.8 El Decreto Legislativo N° 957, Código Procesal Penal regula, a través de sus artículos 268° al 271°, la figura de la prisión preventiva como una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal, consolida (i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o (ii) la ejecución de la pena³.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "La prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. **No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación**, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio



¹ Tercera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos

² Esto es porque en dicha sección está ubicada la regulación específica de los servidores civiles de carrera.

³ Circular sobre Prisión Preventiva emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Resolución Administrativa N° 325-2011-P/PJ (segundo considerando)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional"⁴. (Él énfasis es nuestro)

- 2.9 De esta manera, cuando un órgano jurisdiccional dicta mandato de prisión preventiva contra un funcionario o servidor público, indistintamente de su régimen laboral, este deberá ser internado en un establecimiento penitenciario. Lo cual, no significa que dicho servidor haya declarado culpable del delito que se le imputa, pues en virtud del principio de presunción de inocencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado jurídicamente su responsabilidad⁵.
- 2.10 Durante el tiempo que dure el mandato de prisión preventiva, el funcionario o servidor público se encuentra impedido de asistir con normalidad a su centro de labores, constituyendo ello una ausencia justificada.
- 2.11 Ahora bien, el marco normativo de la Ley N° 29709 dispone que la sentencia a pena privativa de libertad por delito doloso cometido por un servidor penitenciario lleva consigo la destitución automática⁶. Sin embargo, la situación legal de los servidores cuya libertad se encuentre restringida a la espera de una decisión final, expresamente no ha sido regulada; y, de igual forma queda descartada la posibilidad de instaurar un procedimiento administrativo disciplinario que conlleve a la destitución del servidor por abandono de trabajo, dado que la ausencia del servidor no sería injustificada⁷.
- 2.12 Respecto a la ausencia justificada cuando el servidor se encuentra con prisión preventiva, podemos citar a la jurisprudencia internacional⁸, que señala:

"Las causales que pueden dar origen al impedimento son múltiples, dado que la ley no establece un catálogo de situaciones que expliquen el ausentismo, y entre ellas está el caso fortuito o fuerza mayor, y debe entenderse por tal todo hecho ajeno a la voluntad de las partes, por lo que deriva de la naturaleza o de un tercero, y que es imprevisible en su acontecimiento, y que si provoca un incumplimiento sustancial y definitivo de las obligaciones pone fin al contrato, pero si es temporal solo lo suspende. Por su parte, el artículo 45 del Código Civil llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, y menciona, entre otros, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público. Como la resolución que dispone la prisión preventiva es un acto de autoridad que emana de un juez de garantía y, a juicio de esta Corte, lo que determina la cuestión que se somete a la decisión es que la inasistencia del trabajador al lugar donde se desempeña lo sea sin causa justificada, es decir, que no concurra norma legal o reglamentaria o algún evento, acontecimiento, suceso de incuestionable entidad que dispense la no asistencia, corresponde concluir que la medida cautelar personal de que se trata y de la que solo derivan efectos transitorios no definitivos, solo puede dar lugar a la suspensión del contrato de trabajo"

⁴ Sentencia TC N° 1567-2002-HC/TC, del 05 de agosto de 2002

⁵ Artículo 2°, Inciso 24), Literal e) de la Constitución Política del Perú.

⁶ Artículo 57° de la Ley N° 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria

⁷ El artículo 49° de la Ley N° 29709, Ley de la Carrera Especial Pública Penitenciaria, señala que constituyen faltas graves: "12) Las ausencias injustificadas por más de treinta días o diez servicios de seguridad consecutivos".

⁸ Fallo dictado el 1 de septiembre de 2015, de la Causa N° 23799/2014, Resolución N° 130350 de Corte Suprema de Chile, Sala Cuarta (Mixta).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

"Abona dicha conclusión, la circunstancia que en sede laboral sólo debe analizarse lo concerniente a si es o no justificada la ausencia del trabajador a su lugar de trabajo, y, por lo tanto, si procede declarar injustificado el despido realizado por el empleador, y es en la penal en la que se debe decidir lo tocante a su participación en el hecho que dio origen a la investigación criminal".

Concluye señalando que *"En consecuencia, se uniforma la jurisprudencia en el sentido que la ausencia de un trabajador a su fuente laboral originada porque se dispuso su prisión preventiva debe ser calificada como justificada, por lo tanto, no configura la causal de término de contrato de trabajo consagrada en el número 3 del artículo 160 del Código del Trabajo". (El énfasis es nuestro)*

La jurisprudencia citada, determina que la ausencia del servidor a prestar sus labores a consecuencia de un mandato de prisión preventiva está justificada y que dicha situación no debe ser causal para el término del vínculo laboral.

- 2.13 Ahora bien, en cuanto a la suspensión de la relación laboral, el jurista Mario Pasco Cosmópolis⁹ señala que esta se produce por varias causales entre las cuales se encuentra la **detención del trabajador**: *"Conocida como "suspensión preventiva", tiene por objeto permitir la investigación de un ilícito en el que el trabajador resulta directa o indirectamente involucrado. Consiste en la privación temporal de la libertad del trabajador, con carácter cautelar, tanto para impedir la eventual fuga del imputado, cuanto para facilitar la tarea de instrucción del delito.*

Debe ser radicalmente diferenciada de la condena penal: en la suspensión preventiva, la inocencia de la persona se presume, mientras no se demuestre lo contrario; en la condena, la culpa ha quedado demostrada y la privación de la libertad tiene carácter de pena.

La denuncia puede provenir del propio empleador o de un tercero o haberse promovido de oficio. El hecho investigado puede estar o no vinculado con la relación laboral, es decir, puede ser una falta grave laboral presunta o consistir en algo ajeno y distinto a dicha relación; en uno y otro caso procede la suspensión del contrato por el tiempo que dure la detención". (El énfasis es nuestro).

A tenor de lo citado, se colige que la "suspensión preventiva" (prisión preventiva en el Perú) debe ser diferencia de la condena penal, toda vez en esta se presume la inocencia de la persona. Asimismo, procede la suspensión del contrato por el tiempo que dure la detención, indistintamente si el hecho investigado está o no vinculado con la relación laboral o consiste en algo ajeno y distinto a dicha relación.

Por su parte el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3194-2004-HC/TC, ha señalado que: **"La presunción de inocencia es a la vez un principio y un derecho fundamental, (...)**

De la mano con el derecho a la contradicción correcta y transparente se encuentra el cumplimiento real y la observancia de la presunción de inocencia. Esta presunción, nacida



⁹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Suspensión del Contrato de Trabajo". Web a referencia: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/139/31.pdf>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

del principio *pro homine*¹⁰, demanda del juzgador la suficiente capacidad de equidad como para **no asumir la responsabilidad de los acusados antes de que se realice la investigación o el procedimiento**. De esta forma, la presunción de inocencia no requiere una causalidad entre un hecho y supuesto sancionable, sino un razonamiento jurídico a través del cual se determine una culpabilidad. Con la consecuente vinculación de los poderes públicos y su aplicación inmediata, este principio adopta un carácter de observancia obligatoria.

Consecuente con ello, cabe reparar la existencia de la presunción de inocencia administrativa, según la cual se debe considerar que no se puede tener en cuenta que el funcionario o servidor público ha cometido infracción **a menos que la autoridad administrativa haya determinado su responsabilidad**". (El énfasis es nuestro)

- 2.15 En ese sentido, la presunción de inocencia es aquel derecho que por naturaleza corresponde a todo ciudadano, por ende, este no puede ser juzgado sin antes haberse comprobado su inocencia o en su defecto su culpabilidad –acápite e) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.
- 2.16 De otro lado, el TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en el numeral 1 del artículo 17°, establece que **"La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, solo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificado para su adopción"**. (El énfasis es nuestro)

Lo anterior implica que, el requisito objetivo para la dación de un acto administrativo es que el supuesto de hecho de la norma sea real y existente al momento de la decisión. Por ello, es de suyo coherente, que si se pretende retrotraer los efectos de decisiones administrativas, a esa misma fecha deben haber existido los supuestos de hecho fundantes de la decisión¹¹.



- 2.17 Por tanto, constitucionalmente está prevista la presunción de inocencia, por lo que el juzgador no puede presumir la responsabilidad de una persona si es que antes no se ha demostrado y verificado sobre la base de los hechos. En razón a ello, en los casos en los que un servidor se encuentre con prisión preventiva, operaría temporalmente una suspensión perfecta de la obligación del servidor de prestar servicios y la obligación de la entidad de pagar sus remuneraciones mientras dure la investigación y se produzca el fallo judicial, luego del cual, en función de dicho fallo, la entidad podrá aplicar el artículo 57° de la Ley N° 29709 (destitución automática), o reanudar la ejecución de las obligaciones a cargo de ambas partes, puesto que durante el proceso judicial se mantiene el principio de inocencia.

¹⁰ El principio *pro homine* implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

¹¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Novena Edición. Lima-Perú. Gaceta Jurídica S.A. Mayo 2011. Pág. 184.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

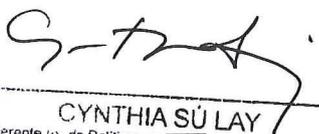
"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

III. Conclusiones

- 3.1 Las disposiciones del libro II del indicado Reglamento, denominado "*Del régimen del Servicio Civil*" (artículo 198°), cuya aplicación será para los servidores civiles del régimen de la Ley del Servicio que hayan migrado a tal régimen, no son de aplicación a los servidores de los regímenes de los Decretos Legislativo N° 276, 728 y 1057 y de regímenes especiales, como los de la Carrera Especial Pública Penitenciaria.
- 3.2 El mandato de prisión preventiva constituye una causal de ausencia justificada, pues el funcionario o servidor público se encuentra impedido de asistir con normalidad a su centro de labores.
- 3.3 En los casos en los que el servidor se encuentre con prisión preventiva, operaría temporalmente una suspensión perfecta de la obligación del servidor de prestar servicios y la obligación de la entidad de pagar sus remuneraciones mientras dure la investigación y se produzca el fallo judicial, luego del cual, en función de dicho fallo, la entidad podrá aplicar el artículo 57° de la Ley N° 29709 (destitución automática), o reanudar la ejecución de las obligaciones a cargo de ambas partes.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de oficio respectivo.

Atentamente,


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