



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional del Servicio Civil

Ministerio de Justicia

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

Lima, 13 DIC 2010

CARGO

OFICIO N° 721 -2010-SERVIR/PE

37245

RECIBIDO
MESA DE PARTES
Av. Bolivia N° 144 Torre Centro Civico Lima
13 DIC. 2010
LA RECEPCION DE ESTE DOCUMENTO NO SIGNIFICA LA CONFORMIDAD DEL MISMO
HORA: 11:32 FIRMA: [Signature]

Señor
FERNANDO PINTO HINOJOSA
Secretario General
Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
Av. Bolivia N° 144
Lima.-

Asunto : Absolución de consulta sobre el pago de indemnizaciones
Referencia : Oficio N° 001444-2010/SGEN/RENIEC

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con la finalidad de dar respuesta al documento de la referencia, mediante el cual solicita precisión respecto a la procedencia del pago de indemnización por despido arbitrario al personal de confianza.

Al respecto, adjunto al presente el Informe Legal N° 487-2010-SERVIR/GG-OAJ de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos, en virtud del cual se atiende su solicitud.

Sin otro particular quedo de usted,

Atentamente,

[Signature]

MURIA ESPARACH FERNANDEZ
Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

INFORME LEGAL N° 487 -2010-SERVIR/GG-OAJ

A : **JORGE ARRUNÁTEGUI GADEA**
Gerente (e) de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

De : **MANUEL MESONES CASTELO**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

Asunto : Registro Nacional de Identificación y Estado Civil solicita
precisión del alcance del Informe Legal N° 268-2010-SERVIR/GG-
OAJ

Referencia : a) Oficio N° 001444-2010/SGEN/RENIEC
b) Informes Legales N°s. 268 y 330-2010-SERVIR/GG-OAJ

Descriptor : a) Vinculación del personal del Decreto Legislativo N° 728
b) Indemnización por despido arbitrario
c) Reglas sobre acceso al empleo público
d) Funcionarios de confianza

Fecha : Lima, 06 DIC 2010

Me dirijo a usted con relación al documento a) de la referencia, mediante el cual el Secretario General del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC solicita la precisión respecto a la procedencia del pago de indemnización por despido arbitrario al personal de confianza. Para tal efecto, adjunta a la consulta el Informe N° 000064-2010/GRH/SGAL/RENIEC y el Informe N° 047-SETIEMBRE-LAB-2010-G&D.

I. Antecedentes y Base Legal

1.1 Con Oficio N° 001444-2010/SGEN/RENIEC el Secretario General de RENIEC remite los Informes N° 000064-2010/GRH/SGAL/RENIEC y 047-SETIEMBRE-LAB-2010-G&D, elaborados por la Sub Gerencia de Asuntos Laborales de RENIEC y por un asesor legal externo, respectivamente.

Los argumentos de dichos Informes se resumen en lo siguiente:

a) De acuerdo con el artículo 27º de la Constitución Política del Perú, todos los trabajadores tienen derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

- b) Si bien el Decreto Legislativo N° 728 no hace referencia expresa a la protección frente al despido arbitrario por pérdida de confianza, existe un vasto desarrollo jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema que reconoce que quien ejerce un puesto de confianza no tiene derecho a la reposición, sino que le corresponde el pago de la indemnización.
- c) El artículo 4 de la Ley Marco del Empleo Público – Ley N° 28175, no introduce el despido sin causa, sino que reconoce la potestad del empleador de otorgar o revocar libremente confianza a un trabajador, por lo que si se cesa a un empleado de confianza por retiro de la misma, se le debe pagar una indemnización por despido arbitrario.

1.2 Conforme al numeral 2 del artículo 4 de la Ley Marco del Empleo Público, el personal de confianza es *"el que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad (...)"* (énfasis agregado).

Asimismo, el artículo 5 de la misma Ley N° 28175, establece que *"el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades"*.

1.3 El literal h) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1023 – Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, establece como una de sus funciones, opinar sobre las materias de su competencia; las cuales están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, de la compensación, entre otras, emita de manera progresiva SERVIR.

II. Análisis

De la competencia de SERVIR

2.1. Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia de servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, acceso, entre otras, emita de manera progresiva.

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 respectivas competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa previa a la adopción de decisiones individuales en cada entidad.

En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas entre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas a situación particular alguna.

De los regímenes en el Estado

2.2 En principio, la vinculación de personal bajo una relación de subordinación ocupando una plaza prevista y presupuestada en el Estado, se realiza principalmente a través de tres grandes grupos normativos:

- i) Régimen general público, en el cual se encuentran los servidores pertenecientes a la Carrera Administrativa (y funcionarios aun cuando estén contratados bajo dicho régimen se encuentran fuera de la carrera), regulados principalmente por el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento.
- ii) Régimen de la actividad laboral privada, cuya norma representativa es el Decreto Legislativo N° 728 y su Reglamento.
- iii) Regímenes de carreras especiales, en los que se encuentran los profesionales, técnicos y todo aquel que desarrolle o brinde servicios particulares, entre los que podemos señalar, la Carrera del Profesorado, los profesionales de la salud, entre otros.

2.3 Cabe señalar que aun cuando cada régimen tiene reglas especiales y particularidades que deben ser aplicadas conforme a sus normas respectivas, también hay normas comunes a ellos que establece pautas transversales a todo el personal que presta servicios al Estado independientemente del vínculo legal con el cual se relacione a la administración pública. Podemos mencionar a manera de ejemplo algunas de ellas, las Leyes anuales de presupuesto, el Decreto Legislativo N° 1025, la Ley N° 28175, entre otras.

Es precisamente la Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público la que establece dos criterios fundamentales y transversales para el acceso a una plaza prevista y presupuestada en el Estado: 1) Por regla general, el acceso se realiza a través de concursos públicos de méritos; y, 2) La excepción lo constituyen los funcionarios y los empleados de confianza.

Del acceso al Estado

2.4 La doctrina reconoce que la estabilidad laboral tiene dos vertientes: la estabilidad *de salida* y la estabilidad *de entrada*. La estabilidad *de salida* se manifiesta a través de las reglas que prohíben los despidos arbitrarios (negándoles efectos o



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

atribuyéndoles determinadas consecuencias indemnizatorias); y la *de entrada*, en la preferencia de la contratación permanente sobre la temporal.¹

La legislación nacional recoge ambas manifestaciones.

Con relación a la estabilidad de entrada, en toda prestación personal de servicios subordinados y remunerados se presume la existencia de un contrato de trabajo a **plazo indeterminado**, sin hacer diferencia alguna respecto del tipo de cargo.

Debe señalarse que la celebración de contratos de trabajo en el régimen del Decreto Legislativo N° 728, además de las normas reseñadas, debe necesariamente tener en cuenta las disposiciones que regulan el acceso a la administración pública.

Sobre este particular, la Ley Marco del Empleo Público, establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, sobre la base de los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades (artículo 5º); **y que la inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida**, sancionando con nulidad los actos administrativos que las contravengan, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita (artículo 9º).



El Decreto Legislativo N° 1023 por su parte, establece en el artículo IV de su Título Preliminar que *“El ingreso al servicio civil permanente o temporal se realiza mediante procesos de selección transparentes sobre la base de criterios objetivos, atendiendo al principio del mérito”*.

Para el presente año, la Ley de Presupuesto, Ley N° 29465, entre las medidas en materia de personal previstas en su artículo 9º, establece en el literal c) de éste que *“el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos”*.

La excepción al concurso público de méritos es el ingreso a cargos de confianza, donde se puede acceder a una plaza prevista y presupuestada en el CAP de una entidad, sin que sea necesaria una convocatoria pública y proceso de selección reglado.

¹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p.p. 44 y 45.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

En este punto es preciso anotar que corresponde a cada entidad, de acuerdo a sus propias necesidades, identificar y calificar cuáles son los cargos calificados como de confianza. En ese sentido, en las entidades estatales -aun cuando se regulen por el régimen laboral de la actividad privada- una vez que los cargos de confianza se encuentren definidos y aprobados en el Cuadro para Asignación de Personal, el acceso a dichos cargos se realiza sin concurso público de méritos, teniendo en cuenta el porcentaje establecido en la Ley N° 28175 (no mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad).²

En ese sentido, adicionalmente a las consideraciones estrictamente laborales que hemos señalado en los numerales precedentes, los operadores administrativos deben tener en cuenta que el acceso y remoción de una plaza prevista y presupuestada en el Cuadro para Asignación de Personal y el Presupuesto Analítico de Personal de una Entidad Pública, aun en el régimen laboral de la actividad privada, requiere el cumplimiento de la normas de empleo público, servicio civil y presupuestales antes citadas.

De los empleados de confianza

2.5 Antes de analizar los denominados “empleados de confianza”, en los términos de la Ley N° 28175, resulta pertinente diferenciarlos de los funcionarios o titulares de entidades públicas.

Dicha norma establece que el funcionario público es el que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. Según la misma, el funcionario público puede ser:

- a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria (Alcaldes, Regidores, Presidentes Regionales, Congresistas, entre otros).
- b) De nombramiento y remoción regulados (Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Presidente Ejecutivo de SERVIR, entre otros).
- c) De libre nombramiento y remoción (Ministros de Estado, determinados titulares de entidades estatales cuya designación o permanencia no se encuentra delimitada por ley expresa).

2.6 De otro lado, los empleados de confianza son aquellos que forman parte del entorno del titular de la entidad (por ejemplo asesores, gerentes y personal técnico), que ingresan sin concurso público de méritos a la entidad, precisamente

²Es conveniente tener en cuenta lo expresado por el Tribunal Constitucional, en la sentencia correspondiente al Expediente N° 3349-2007-PA/TC que considera que, cuando un cargo de confianza es accesible por concurso público, sus labores ya no son consideradas de confianza, por lo que la decisión unilateral de cese constituiría una vulneración de los derechos fundamentales invocados.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

porque dicha designación se sustenta en el poder discrecional del que goza el titular para disponer del 5% del total del personal de la entidad.

En este punto cabe anotar que resultaría incongruente que una entidad aplique la Ley Marco del Empleo Público para sustentar la vinculación directa de una persona en un cargo de confianza (sin pasar por el concurso público de méritos) y luego pretenda desconocer su vigencia u obligatoriedad para la remoción de esa misma persona cuando la causa que originó su vinculación (esto es, la confianza), ya no existe.

Por ello, tener un enfoque estrictamente laboral (como ocurre en una empresa privada) sobre la gestión, acceso y remoción de empleados de confianza en el Estado constituiría un enfoque incompleto y sesgado, siendo necesario acudir a la Ley Marco del Empleo Público aplicable a todas las entidades estatales independientemente si son de régimen de carrera o de régimen laboral privado.

El pago de indemnización por despido arbitrario

2.7 La indemnización es una figura típica del derecho laboral privado y se origina cuando se despide a un trabajador sin la existencia de causa justa o cuando la causa invocada no es debidamente probada.

Cuando el ingreso de una persona en un entidad estatal se realiza vía designación en un cargo de confianza sin la preexistencia de un concurso público, su remoción no genera derecho alguno de indemnización toda vez que la causal invocada está expresamente señalada en el artículo 4º de la Ley Marco del Empleo Público, que establece que los mismos son **de libre designación o remoción**.

Asimismo, aun cuando en la práctica ha prevalecido la interpretación estrictamente laboral sobre el retiro de la confianza, recientemente hemos encontrado sentencias del Tribunal Constitucional que coinciden con nuestra posición, al admitir que el retiro o pérdida de la confianza es **causal válida** para la extinción de la relación laboral que accedió al Estado como empleado de confianza.

En efecto, en la resolución recaída en el expediente N° 03501-2006-PA-TC sostuvo que: *“Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente (...). Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos”* (fundamento 3, énfasis agregado). Este proceso fue originado por un



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

trabajador de confianza del Banco Central de Reserva del Perú que impugnaba el haber sido cesado *por pérdida de la confianza*, alegando que esta causal no existe en la legislación laboral.

Similar criterio fue expuesto en el expediente N° 1042-2007-PA/TC, en el que se sostuvo que la conclusión de la designación de un trabajador de confianza no implica un despido arbitrario, toda vez que **"La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral"** (fundamento 3, énfasis agregado). Este proceso fue originado por el ex Gerente General de un Proyecto Especial cuya designación se había dejado sin efecto por Resolución Ejecutiva Regional.

En consecuencia, la Ley N° 28175, norma de aplicación transversal a todas las entidades de la Administración Pública, incorporó una nueva causal válida de resolución de contrato para los casos del personal de confianza, por lo que aquella persona que accedió al Estado sin concurso público de méritos a un cargo de confianza, la remoción de dicho personal por discrecionalidad del titular de la entidad, no genera derecho alguno de indemnización toda vez que la causal invocada está expresamente señalada en el artículo 4° de la Ley Marco del Empleo Público, que establece que los mismos son de libre designación o remoción.

El fundamento para diferenciar el cargo de confianza en una empresa privada y el empleado de confianza en el Estado

2.8 El ejercicio de función pública en el Estado, en menor o mayor medida, supone también el ejercicio del poder político de la autoridad de turno; ejercicio de poder que en un régimen democrático presupone alternancia y temporalidad.

Por eso es que el Estado (aún cuando actúa como empleador bajo el régimen laboral privado) debe contar con instrumentos normativos que le permitan ejercer ese poder político dentro de los límites de temporalidad antes señalados, siendo unos de esos instrumentos el establecer el libre acceso y remoción de quienes ocupan cargos de confianza, a fin que las autoridades políticas o altos funcionarios públicos puedan tener plena disponibilidad de un máximo del 5% de cargos de la organización estatal, garantizando la estabilidad laboral del 95% restante de los servidores, sin que ello pueda generar sobrecostos a las instituciones.

Por eso es necesario que el enfoque estrictamente laboral sobre los cargos de confianza sea complementado en las entidades públicas con políticas internas que procuren un enfoque desde la perspectiva de la Ley Marco del Empleo Público, donde el libre acceso y remoción de cargos de confianza pueda ejecutarse de manera efectivamente libre y no sujeto al pago de indemnizaciones que en el fondo constituyen mecanismos de protección frente a la estabilidad



laboral que en los casos de "confianza", no existe dado que dichas designaciones dependen del ejercicio del poder político de las autoridades públicas.

En ese mismo contexto, el presente Informe no pretende evaluar las decisiones adoptadas por las entidades públicas en ausencia de un ente rector en la gestión de recursos humanos, sino que se adopten políticas adecuadas de gestión de personal, por ejemplo, incorporando en los contratos o directivas internas de cada entidad que el ingreso a un puesto de confianza presupone la libre remoción del mismo sin que ello implique indemnización alguna.

Sobre la vigencia de la Ley Marco del Empleo Público.

2.9 Finalmente, es pertinente indicar que la obligatoriedad de la Ley Marco del Empleo Público ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, que estableció que la Ley N° 28175, publicada en febrero de 2004, se encuentra vigente en su integridad desde el 01 de enero de 2005³.

III. Conclusiones

3.1 En la administración pública, a los empleados de confianza no se les puede aplicar única y exclusivamente (como ocurre en el sector privado) el Decreto Legislativo

³ Conforme señala los fundamentos 6 y 7 de la mencionada Resolución:

"6. El Apoderado del Congreso también sostiene que: "(...) el Poder Ejecutivo a manifestado públicamente a través de un comunicado difundido por la Presidencia del Consejo de Ministros, publicado el 17 de enero de 2005 en el Diario Oficial El Peruano, que la ley marco del empleo público requiere para su aplicación que previamente entren en vigencia sus leyes complementarias.

Al respecto, cabe señalar que dicho comunicado corresponde a la Secretaría de Gestión Pública de la PCM y en él se consigna que "Las normas contenidas en la LMEP referidas a la instalación del Consejo Superior del Empleo Público – COSEP, la clasificación del empleo público en nuevos grupos ocupacionales, la adecuación de los regímenes existentes en la administración pública, entre otras, para comenzar su aplicación, requieren que previamente entren en vigencia las cinco leyes complementarias a que se refiere la segunda disposición transitoria, complementaria y final".

Como puede apreciarse, dicho comunicado no afirma que la ley no esté vigente sino que se refiere a que específicas disposiciones de la ley, y no todas, para ser aplicadas e implementadas, requieren de leyes complementarias.

7. Por tanto, este Tribunal Constitucional considera pertinente precisar que la Ley N.° 28175 está vigente desde el 1 de enero de 2005, conforme al artículo 109.° de la Constitución, y que en el caso de algunas disposiciones específicas, para ser aplicadas en su integridad, requieren de otras leyes, cuestión distinta a la vigencia de la ley".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

N° 728, sino que es necesario acudir a la Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público, aplicable a todas las entidades estatales independientemente del régimen laboral de contratación (esto es, si son de régimen de carrera o de régimen laboral privado).

- 3.2 Con la vigencia de la Ley N° 28175, norma de aplicación transversal para todas las entidades de la Administración Pública, se incorporó una nueva causal de resolución de contrato para los casos del personal de confianza, por lo que en los casos de acceso al Estado sin concurso público de méritos a través de un cargo de confianza, su remoción no generaría derecho alguno de indemnización, toda vez que la causal invocada estaría expresamente señalada en el artículo 4º de la Ley Marco del Empleo Público, que establece que los mismos son de libre designación o remoción.

Finalmente, remito para su consideración el proyecto de Oficio de respuesta respectivo para vuestra visación y de estimarlo pertinente, trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,

MANUEL MESONES CASTELO
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL