



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

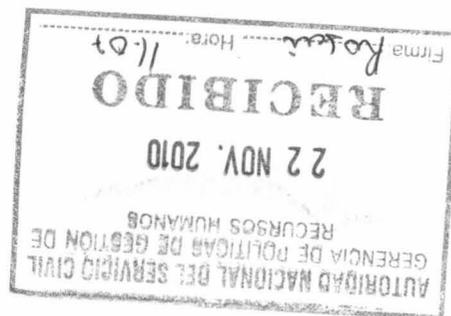
Presidencia
Ejecutiva

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

Lima, 18 NOV 2010

OFICIO N° 663 -2010-SERVIR/PE

Señor
JUAN NEIRA GRANDA
Director Ejecutivo (e)
Instituto Tecnológico Pesquero del Perú - ITP
Presente.-



Asunto : Opinión sobre concurso de plaza vacante
Referencia : Oficio N° 737-2010-ITP/DE

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita a SERVIR la atención de una consulta relacionada a un proceso de selección realizado por la entidad para cubrir una plaza vacante por despido de la persona que la ocupaba, no obstante encontrarse en trámite –ante el Tribunal del Servicio Civil– un recurso de apelación interpuesto por dicha persona contra la medida de despido.

Al respecto, le remito el Informe Legal N° 424-2010-SERVIR/GG-OAJ, de la Oficina de Asesoría Jurídica de esta entidad, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

NURIA ESPARCH FERNANDEZ
Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL



NEF/JAG/MMC/jdv
Reg. N° 11603-2010

www.servir.gob.pe

Pasaje Francisco de Zela 150
Piso 10, Jesús María
Lima 11, Perú
T: 51-1-2063370



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"

INFORME LEGAL N° 424-2010-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

Referencia : a) Oficios N° 682 y 737-2010-ITP/DE
b) Informe Legal N° 008-2010-ITP/OAJ

Descriptor: a) Competencia de SERVIR
b) Competencia e independencia técnica del Tribunal del Servicio Civil
c) Efectos de la interposición del recurso de apelación ante el Tribunal del Servicio Civil
d) Contratación para reemplazo por cese del personal
e) Interpretación previsoras de normas

Fecha : Lima, **16 NOV 2010**

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación a los documentos de la referencia, mediante los cuales el Instituto Tecnológico Pesquero del Perú - ITP solicita a SERVIR la atención a una consulta relacionada a un proceso de selección realizado por la entidad para cubrir una plaza vacante por despido de la persona que la ocupaba, no obstante encontrarse en trámite –ante el Tribunal del Servicio Civil– un recurso de apelación interpuesto por dicha persona contra la medida de despido.

I ANTECEDENTES

1.1. El Instituto Tecnológico Pesquero del Perú - ITP, en el Informe Legal N° 008-2010-ITP/OAJ, expone un determinado caso, que resumimos del modo siguiente:

Un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada es despedido de la entidad por haber incurrido en falta grave. Al no estar conforme con dicha medida, interpone recurso de apelación, solicitando en éste, no su reincorporación a la entidad, sino el pago de la indemnización por despido arbitrario a que alude el artículo 38º del TUO del Decreto Legislativo N° 728. No habiendo sido resuelta aún la apelación por el Tribunal del Servicio Civil, la entidad decide realizar un proceso de selección para cubrir la plaza del trabajador despedido, que culmina con la declaración de un ganador.

Y, en relación a dicho supuesto, formula las siguientes consultas:

a) *¿Es factible que el Tribunal del Servicio Civil resuelva el recurso de apelación ordenando la reposición del trabajador, no obstante que éste no ha*



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"

solicitado su reincorporación a la entidad, sino la indemnización por despido arbitrario prevista en el artículo 38º del TUO del Decreto Legislativo N° 728?

- b) *De ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, es decir, si el Tribunal resuelve ordenando la reposición del trabajador, ¿Cómo quedaría o se vería afectado el proceso de selección realizado por la entidad?*

- 1.2. El literal h) del artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, establece como una de sus funciones emitir opinión técnica sobre las materias de su competencia, las mismas que están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, 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 del servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo y de las relaciones humanas, 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 o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales en cada entidad.

En ese sentido, 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.

En consecuencia, no correspondiendo a SERVIR, a través de una opinión legal, emitir pronunciamiento sobre una situación concreta, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

De la competencia e independencia técnica del Tribunal del Servicio Civil

- 2.2. La única posibilidad de que SERVIR pueda emitir pronunciamiento en un caso concreto se materializa a través del Tribunal del Servicio Civil, en virtud de su atribución de *resolución de controversias* prevista en el literal e) del artículo 11º del Decreto Legislativo N° 1023. En uso de dicha facultad, el Tribunal tiene la posibilidad de reconocer o desestimar derechos invocados, en materia de acceso al servicio civil, pago de retribuciones, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo.¹

¹Decreto Legislativo N° 1023 - Decreto Legislativo que crea la autoridad nacional del servicio civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos

"Artículo 17º.- Tribunal del Servicio Civil

El Tribunal del Servicio Civil -el Tribunal, en lo sucesivo- es un órgano integrante de la Autoridad que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema.



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

Cabe resaltar que sólo el Tribunal del Servicio Civil es el órgano competente para resolver, en segunda y última instancia administrativa, en vía de apelación, las cinco (5) materias descritas. Así, sus resoluciones podrían ser impugnadas solamente ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso-administrativo, conforme a lo señalado en el artículo 17º glosado y el artículo 218º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en adelante la LPAG.²

- 2.3. Por otra parte, cabe anotar que el Tribunal del Servicio Civil, si bien es un órgano integrante de SERVIR, goza de “independencia técnica” para conocer y resolver los recursos de apelación sometidos a su consideración, de conformidad con el artículo 13º del Reglamento de Organización y Funciones de SERVIR³ y el artículo 2º del Reglamento del Tribunal.⁴

Ello conlleva a que el Tribunal, en el ejercicio de su facultad de resolución de controversias, actúe con absoluta autonomía e independencia, sin injerencia externa (frente a las partes o terceros) o interna (frente a los demás órganos de SERVIR) al resolver, garantizándose de esta forma la imparcialidad, objetividad y probidad de sus decisiones.

De los efectos de la interposición del recurso de apelación ante el Tribunal del Servicio Civil

- 2.4. En el Informe Legal N° 190-2010-SERVIR/GG-OAJ, que tiene carácter vinculante al haber merecido la aprobación del Consejo Directivo de SERVIR en sesión realizada el día 15 de julio de 2010, esta Oficina ha sostenido que la interposición de un recurso administrativo no suspende los efectos del acto impugnado, lo cual guarda relación

El Tribunal es un órgano con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia. Conoce recursos de apelación en materia de:

- a) Acceso al servicio civil;
- b) Pago de retribuciones;
- c) Evaluación y progresión en la carrera;
- d) Régimen disciplinario; y,
- e) Terminación de la relación de trabajo.

El Tribunal constituye última instancia administrativa. Sus resoluciones podrán ser impugnadas únicamente ante la Corte Superior a través de la acción contencioso-administrativa. (...)

²**Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 218º.- Agotamiento de la vía administrativa

218.1. *Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.*

218.2. *Son actos que agotan la vía administrativa:*

(...)

e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.”

³**Reglamento de Organización y Funciones de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 062-2008-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 014-2010-PCM**

“Artículo 13º.- Tribunal del Servicio Civil

El Tribunal del Servicio Civil, en lo sucesivo “el Tribunal” está conformado por la Secretaría Técnica y las Salas. (...)

Las Salas del Tribunal gozan de “independencia técnica” para conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos de apelación (...).”

⁴**Reglamento del Tribunal de Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-PCM**

“Artículo 2º.- Sobre el Tribunal

(...) Posee independencia técnica en las materias de su competencia y sus pronunciamientos agotan la vía administrativa cuando sean resueltos por sus respectivas Salas. (...)





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

con lo establecido en el último párrafo del artículo 17º del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, referido a que la interposición del recurso de apelación no suspende la ejecución de la decisión impugnada, salvo medida cautelar del Tribunal; a diferencia de las resoluciones derivadas de los procedimientos administrativos sancionadores contra un administrado (como por ejemplo una multa de tránsito o el retiro de una licencia de funcionamiento), a los cuales sí se les aplica el procedimiento regulado en la LPAG; o si judicialmente obtienen una medida cautelar para suspender o dejar sin efecto la decisión administrativa.

Para mayor abundamiento sobre este punto del análisis, el Informe Legal N° 190-2010-SERVIR/GG-OAJ está disponible en la página web institucional (www.servir.gob.pe).

De la contratación para reemplazo por cese del personal

- 2.5. Ahora bien, en las entidades de la Administración Pública, cualquiera sea el régimen laboral que las regulen, el término de la relación de trabajo –sea por destitución o despido o cualquier otro motivo regulado en la ley⁵– además de extinguir las obligaciones a cargo de la entidad y el trabajador, origina también la liberación de la plaza que éste ocupaba en aquella.

Una vez liberada la plaza por el motivo descrito, la entidad, si tiene interés en cubrirla, se encuentra facultada a contratar a un nuevo trabajador, no obstante, en el contexto actual, deberá sujetarse a determinadas condiciones y requisitos señalados en la ley.

- 2.6. En efecto, para el presente ejercicio fiscal, el numeral 9.1 del artículo 9º de la Ley N° 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010, establece que queda prohibido el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, excepto, entre otros supuestos, para la contratación para el reemplazo por cese del personal, siempre y cuando se cuente con plaza presupuestada en el Presupuesto Análítico de Personal (PAP) y que dicho cese se haya producido a partir del año fiscal 2009, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos.

Así también, tal como lo establece el último párrafo del numeral 9.1 del artículo 9º de la referida Ley y el literal b) del artículo 2º del Decreto de Urgencia N° 113-2009, que dicta medidas de disciplina presupuestaria para la gestión de personal durante el año fiscal 2010, la excepción a que hemos hecho referencia en el párrafo anterior debe ser aprobada mediante Decreto Supremo, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, y la plaza a ocupar debe estar registrada en el Aplicativo

⁵Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público

“Artículo 22º.- Término del empleo público

El término del empleo se produce por:

- a) Fallecimiento.
- b) Renuncia.
- c) Mutuo disenso.
- d) Destitución.
- e) Invalidez permanente que no le permita cumplir con sus funciones.
- f) Jubilación.
- g) Cese.”



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

Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público.

2.7. De esta forma, resumiendo lo expresado, durante el ejercicio fiscal 2010, a efectos de contratar personal para reemplazo por cese, las entidades públicas independientemente del régimen laboral que las regulen, deben verificar el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- (i) El cese debe haberse producido a partir del año 2009;
- (ii) La plaza debe encontrarse presupuestada, vacante y registrada en el "Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público";
- (iii) Se debe contar con informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas;
- (iv) La contratación debe ser aprobada por Decreto Supremo; y
- (v) La contratación del reemplazo debe realizarse mediante concurso público de méritos.

2.8. Sólo si la entidad cumple las condiciones descritas en el numeral anterior, en el orden señalado, podrá contratar personal para reemplazo por motivo de cese. Evidentemente, el proceso de selección que la entidad desarrolle para dicho fin, debe sujetarse a las normas de acceso al empleo público previstas en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, así como a aquellas establecidas para cada régimen laboral, bajo sanción de nulidad.

Recuérdese que, conforme al artículo 9° de la Ley N° 28175, la inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida, siendo nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita.

Sobre la interpretación previsor de las normas

2.9. Finalmente, resulta pertinente señalar que, no obstante que la entidad, legalmente, se encuentre facultada para concursar una plaza que hubiera quedado vacante por el cese del trabajador que la ocupaba, debe evaluar también las consecuencias que a futuro dicho acto podría ocasionar.

2.10. Adquiere singular importancia, en esta circunstancia, la doctrina de la **interpretación previsor** de las normas jurídicas, según la cual, entre varias opciones de interpretación posibles, se debe elegir aquella que reproduzca un resultado provechoso y favorable. Pero también, en situaciones más drásticas, opera como un mecanismo de inaplicación de reglas, incluso constitucionales, si todas las interpretaciones posibles de una norma conducen inexorablemente a un resultado negativo.

Este criterio interpretativo ha sido recogido y desarrollado con amplitud por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0044-2004-AI/TC, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 4° de la Ley N° 1801, Ley del Himno Nacional.





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

- 2.11. Trasladado al ámbito del empleo público, dicho criterio importa que la gestión del personal en las diversas entidades debe considerar que la interpretación normativa que se realice debe siempre ponderar sus efectos prácticos.

De este modo, si bien, en estricto, una entidad se encontraría legalmente facultada para cubrir una plaza que ha sido liberada por el cese del servidor que la ocupaba, debería ponderar también el hecho que dicho cese puede ser materia de evaluación ante el Tribunal del Servicio Civil (como segunda instancia administrativa), órgano que eventualmente podría dejar sin efecto la medida de cese y disponer la reincorporación del servidor a la entidad, lo cual, si el proceso de selección –que la misma realice para cubrir la plaza liberada– culmina con la declaración de un ganador, generaría una contingencia para la entidad, pues no puede darse el caso que dos trabajadores ocupen una misma plaza.

- 2.12. Finalmente, debe considerarse, también, que el recurrente, en el curso del procedimiento administrativo, y en función de sus propios intereses, podría variar, ampliar o incluso desistirse de la pretensión que inicialmente hubiera planteado en el petitorio de su recurso de apelación, lo cual deberá ser evaluado y, de ser el caso, tramitado, por el órgano resolutorio, en función de su independencia técnica.



III CONCLUSIONES

- 3.1. No corresponde a SERVIR, a través de una opinión legal, emitir pronunciamiento sobre una situación concreta. La única posibilidad de que SERVIR pueda emitir pronunciamiento en un caso específico se materializa a través del Tribunal del Servicio Civil, en virtud de su atribución de *resolución de controversias*.
- 3.2. El Tribunal del Servicio Civil goza de “independencia técnica” para conocer y resolver los recursos de apelación sometidos a su consideración. Así, no admite injerencia externa o interna al resolver, lo cual garantiza la imparcialidad y probidad de sus decisiones.
- 3.3. En las entidades de la Administración Pública, con prescindencia del régimen laboral que las regulen, la interposición de un recurso de apelación ante el Tribunal del Servicio Civil contra una medida que dispone el cese del trabajador, no suspende los efectos de ésta, salvo medida cautelar de dicho tribunal.
- 3.4. El término de la relación de trabajo, sea por destitución o despido del trabajador o por cualquier otra causal señalada en la ley, origina la liberación de la plaza que ocupaba. A partir de este momento, la entidad se encuentra facultada a contratar a un nuevo trabajador por reemplazo. No obstante, en el contexto actual, deberá sujetarse a los lineamientos establecidos en la Ley N° 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010, y el Decreto de Urgencia N° 113-2009.
- 3.5. El proceso de selección que la entidad desarrolle para dicho fin, debe sujetarse además a las normas de acceso al empleo público previstas en la Ley N° 28175, Ley Marco del



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"

Empleo Público, así como a aquellas establecidas para cada régimen laboral, bajo sanción de nulidad.

- 3.6. La gestión del personal en las entidades públicas debe considerar que la interpretación normativa que se realice debe siempre ponderar sus efectos prácticos. Así, si bien, en estricto, una entidad se encontraría legalmente facultada para cubrir una plaza que ha sido liberada por el cese del servidor que la ocupaba, debería ponderar también el hecho que dicho cese puede ser cuestionado ante el Tribunal del Servicio Civil (como segunda instancia administrativa), órgano que eventualmente podría dejar sin efecto la medida de cese y disponer la reincorporación del servidor a la entidad, lo cual, si el proceso de selección –que la misma realice para cubrir la plaza liberada– culmina con la declaración de un ganador, generaría una contingencia para la entidad, pues no puede darse el caso que dos trabajadores ocupen una misma plaza.

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