

“LA REFORMA DEL SERVICIO CIVIL PERUANO: ENTRE LA MODERNIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y LA CONSTITUCIONALIDAD DEL MODELO”

Janeyri Boyer Carrera¹

Consideraciones iniciales

Empecé a escribir esta exposición el 20 de junio, en una sala contigua al Hemiciclo del Congreso de la República, esperando, una vez más, que el Legislativo debatiera el Dictamen del Proyecto de Ley 1846, Ley del Servicio Civil. Esta espera no fue tan larga como los veinte años que tuvieron que aguardar quienes trabajaron en los tres intentos de reforma del empleo público en el Perú². Sin embargo, la espera de todos pudo ser eterna, cuando supimos que el aludido Dictamen estuvo a punto de archivarse por los desacuerdos entre las bancadas, la presión de los sindicatos de trabajadores estatales (huelgas), y probablemente, por el temor del costo político que traería consigo votar a favor de una norma de empleo público tan distinta a las anteriores; y anunciada como transgresora de la Constitución y de los derechos de los trabajadores estatales.

El Dictamen del Proyecto 1846 fue aprobado el martes 2 de julio de 2013 y publicado el 4 de julio en el diario El Peruano, como Ley 30057, Ley del Servicio Civil (LSC). Este hecho, entre otras cosas, me permitió continuar y culminar de forma cierta

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid – España y profesora de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Este trabajo forma parte de una ponencia presentada por la autora en el Congreso Internacional de Derecho Administrativo realizado en la ciudad de Arequipa – Perú, los días 30 y 31 de octubre y 1 de noviembre.

² El primer intento de reformas (1990 y 1992) “apuntó a reducir el tamaño del Estado y redefinir su papel”, a través de seis medidas implementadas: (1) reducción de personal y ceses colectivos por evaluaciones y programa de compra de renuncias. (2) el cierre del ingreso a la carrera administrativa para controlar el gasto de personal. (3) la creación del régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo 728), (4) el establecimiento de la modalidad de contratación por servicios no personales –SNP para satisfacer las necesidades de contratación de personal, en un contexto de prohibición de incorporar personal permanente. (5) la utilización de modalidades de contratación: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD y el Fondo de Apoyo Gerencial - FAG para el pago de funcionarios de alto nivel y personal que prestara servicios técnicos y profesionales. (6) la aprobación de conceptos no remunerativos como mecanismo alterno que permitiera un incremento de los ingresos de los trabajadores bajo el régimen laboral público. El segundo intento de reforma (1995-1997) apuntó a la modernización del Estado, flexibilizando y simplificando los sistemas administrativos mediante su desregulación supuestamente, hacer más eficiente el aparato estatal. Esta reforma recibió escaso apoyo político por el eventual incremento del gasto en planillas que suponía el sinceramiento de los contratos SNP y su conversión a contratos de naturaleza laboral. El tercer intento de reformas (2000-2006) se produjo en un contexto que requería la creación de espacios de concertación de políticas públicas que permitieran superar la desconfianza de la ciudadanía en sus instituciones y hacer más eficiente el aparato estatal. Lo principal, es que el 2004 se promulgó la Ley Marco del empleo público (LMEP). Sobre la historia y estado del empleo público en el Perú, remito al lector al documento: “El Servicio Civil peruano. Antecedentes, Marco Normativo Actual, y Desafíos de la Reforma”, de mayo 2012, elaborado por la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, disponible en: (<http://files.servir.gob.pe/WWW/files/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano.PDF>). Acceso: 20 ago. 2013.

el encargo de escribir esta ponencia sobre los lineamientos del denominado “Nuevo Servicio Civil peruano”.

Para lograr este cometido, partiré de los antecedentes de la reforma a fin de poner en contexto al lector (específicamente en el estado de la cuestión de los recursos humanos del Estado), para continuar con el anclaje constitucional del nuevo servicio civil y culminar con los principales elementos de la LSC. Por razones de espacio y tiempo, este trabajo no entrará en profundidad en cada uno de dichos elementos, sino que presentará una mirada panorámica.

1 ANTECEDENTES

La reforma de la carrera administrativa y el empleo público en el Perú no empezó con la LSC. Se inició en el año 2008 con un paquete de Decretos Legislativos, según veremos más adelante, pero se gestó, posiblemente, durante el gobierno de la transición del presidente Valentín Paniagua (2001).

En febrero de 2001 se conformó la Comisión Multisectorial encargada de estudiar y elaborar un informe sobre la situación del personal de la Administración Pública en el Perú³. Como una primera conclusión, la Comisión identificó la inexistencia de una base de datos única e integrada de los servidores del Estado, motivo por el cual, era imposible tener una idea cierta de quiénes eran, cuántos eran y cómo estaban distribuidos. Una segunda conclusión (y relacionada con la primera) es que existía (y sigue existiendo) una dispersión y diversidad de conceptos remunerativos (fondos de estímulo, movilidad, alimentación, guardias, canasta familiar, etc.) que determinan que dos personas que hacen exactamente el mismo trabajo en dos entidades distintas cuenten con distintas remuneraciones (en ocasiones, abismalmente diferentes). A juicio de la Comisión, dichos conceptos fueron creados para incrementar el monto total que los servidores recibían como remuneración porque la escala básica de la carrera administrativa era un monto exiguo y había sido congelado. Esta situación a su vez, generó una distorsión en el cobro de la CTS (compensación por tiempo de servicios) y en las pensiones, ya que de unos 2000 soles mensuales que, en nuestro ejemplo, recibía (y recibe) un servidor como remuneración, sólo el 18%, o sea 360 soles, era (y es) remunerativo (el resto, el 82%, estaba compuesto por bonificaciones, o como la Comisión lo llamó “pararemuneraciones”, que encubrían conceptos remunerativos), y en consecuencia sólo los mismos 360 soles son base de cálculo

³ A través del célebre DS 004-2001-TR, de febrero de 2001 se conformó la Comisión Multisectorial. La Comisión Multisectorial estuvo integrada por los titulares o representantes de los siguientes ministerios: Trabajo y Promoción Social (presidente), Economía y Finanzas, Educación, Justicia y Pesquería. También fueron miembros de la Comisión, un funcionario de la Presidencia del Consejo de Ministros, del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, y del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, que fue designado por el Ministro de Economía y Finanzas (MEF). El informe evacuado en julio del mismo año desarrolló un estudio histórico y un diagnóstico completo de la situación del empleo público en el Perú, aportando propuestas de reforma. Fuente: “Informe Final presentado por la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central, DS 004-2001-TR”, disponible en: (http://www.mintra.gob.pe/contenidos/legislacion/servidores_publicos/informe_final.pdf). Acceso: 28 jul. 2013.

pensionable. Esto trae como lógica consecuencia que el servidor reciba como pensión un monto irrisorio, por todos sus años de trabajo⁴.

Una tercera es que reconoció la presencia de una diversidad de modalidades de empleo público: la carrera administrativa propiamente dicha (Decreto Legislativo 276), los servidores públicos contratados bajo régimen privado (Decreto Legislativo 728), cuyas reglas, eran difícilmente aplicables al ámbito público⁵, y los locadores de servicios contratados bajo el denominado régimen de *servicios no personales* – SNP. Estos últimos carecían de derechos laborales fundamentales (vacaciones, CTS, seguridad social, adecuada protección contra el despido arbitrario – su contrato podía ser resuelto en cualquier momento pese a desarrollar funciones administrativas, de carácter permanente -) y paradójicamente eran mayoría:

“si consideramos únicamente el personal ligado a la carrera administrativa, descontando los empleados pertenecientes a la carrera magisterial, profesionales de la salud, diplomáticos, jueces y fiscales, se tiene que menos del 45,3% está bajo el régimen 276, en tanto que el 40,2% ha sido contratado bajo la modalidad de servicios no personales. Asimismo, la participación relativa de los regímenes en este grupo de trabajadores cambia: el 36,1% de los pagos corresponde al régimen 276 y el 44,6% a SNP” (el subrayado es nuestro)⁶.

Todo esto aunado a las medidas de austeridad en el gasto, a la ausencia de planificación en el ingreso del personal, así como de políticas de capacitación, condujo a la Comisión a concluir que la carrera pública era casi inexistente. Por ello, sugirió la creación de una autoridad nacional que centralizara la gestión de los recursos humanos

⁴ La Comisión relata la esquizofrenia remunerativa estatal comentando los conceptos que el servidor de carrera recibe cada mes: “Las bonificaciones, de tres tipos: (1) la personal, 5% sobre el haber básico por cada 5 años de servicios; (2) la familiar, fijada anualmente y que contempla las cargas de familia; y (3) las diferenciales para (i) compensar a un servidor de carrera por el desempeño de un cargo que implique responsabilidad directiva o (ii) para compensar condiciones de trabajo excepcionales respecto del servidor común. Finalmente, los beneficios son (1) la asignación por cumplir 25 o 30 años de servicios, y consiste en el otorgamiento de 2 remuneraciones mensuales totales; (2) los aguinaldos de Fiestas Patrias y Navidad, cuyo monto es fijado anualmente; y (3) la compensación por tiempo de servicios. Esta última consiste en el abono, al cese del servidor, de una suma equivalente al 50% del haber básico para los servidores con menos de 20 años de servicios, o un haber básico para aquellos con 20 o más, por cada año completo o fracción mayor de 6 meses y hasta por un máximo de 30 años de servicios (Así, Con un haber básico de S/. 0.07 y una remuneración “principal!” de S/. 48.31, un ministro al cabo de un año de labor debe percibir S/. 24.61 como CTS). Las horas extraordinarias se remuneran en forma proporcional al haber básico, y no llevan ninguna sobretasa, aunque normas de austeridad han llegado a prohibir su realización, un ingrediente más de disloque entre teoría y práctica que sólo significa que muchos funcionarios y servidores laboran sobretiempos que simplemente no les son remuneradas”. En: *Idem*, p. 18 y 19.

⁵ A diferencia de la década del 80, en la que se produjo una tendencia a estatizar todo lo privado, en los 90, se intentó volver privado, lo público. El rol subsidiario del Estado planteado por la Constitución de 1993 colaboró con dicho propósito, y en ese sentido es que las empresas estatales se redujeron en número y que las pocas, contasen con un régimen de contratación privado. Además se empezaron a manejar como privadas muchas entidades gubernamentales. El régimen laboral privado aporta, en teoría, una mayor flexibilidad en la administración de los recursos humanos, a partir sobre todo de la posibilidad de fijar con libertad las remuneraciones, establecer las categorías, determinar las funciones y aplicar directamente sanciones. El régimen público es, en ese sentido, más rígido y estratificado. *Ibid.*, p 9

⁶ *Idem, Ibidem.*

del Estado (teniendo en consideración que la anterior autoridad – el INAP, había sido desactivada en el año 1995 y que sus funciones en dicha materia fueron encomendadas a cada una de las entidades públicas); así como la creación de un cuerpo de especialistas en alta dirección.

Con la Ley Marco del Empleo Público – LMEP (2004), el legislador estableció los hitos para empezar a demarcar el derrotero de los recursos humanos del Estado que ordenase el caos. Introdujo una clasificación de servidores públicos transversal a todas las modalidades de contratación con el Estado existentes a la fecha (*funcionario público, empleado de confianza y servidor público*). En este último grupo se incorporan: el directivo superior, el ejecutivo, el especialista, el servidor de apoyo), así como reglas mínimas para el ingreso y permanencia en el empleo público. Lo más interesante para el tema que nos convoca es que estableció un plazo para que el Ejecutivo enviase cinco proyectos de Ley al Legislativo para su aprobación, todos ellos relacionados con la gestión de los recursos humanos del Estado ((i) Ley de la carrera del servidor público, (ii) Ley de los funcionarios públicos y empleados de confianza, (iii) Ley del sistema de remuneraciones del empleo público, (iv) Ley de gestión del empleo público; y (v) Ley de incompatibilidades y responsabilidades - Segunda Disposición Transitoria Final de la LMEP); creó el *Consejo Superior del Empleo Público* como ente rector; y marcó el camino para que los servidores SNP pasaran a un régimen de carrera administrativa, en el marco de las cinco leyes antes mencionadas, prohibiendo la contratación de personal a través de dicho mecanismo. Sin embargo, ni los proyectos del Poder Ejecutivo remitidos al Legislativo fueron aprobados, ni se solucionó la situación de los SNP, ni funcionó el Consejo Superior del Empleo Público.

No fue sino hasta junio de 2008 cuando con ocasión de una delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo⁷, entre otros, vieron la luz los Decretos Legislativos que tuvieron por objeto modernizar los recursos humanos del Estado. Se creó la *Autoridad Nacional del Servicio Civil*, rectora del Sistema de Gestión de Recursos Humanos (Decreto Legislativo 1023) como organismo público con personería jurídica de derecho público interno y adscrito a la Presidencia de Consejo de Ministros⁸;

⁷ Mediante la Ley 29157, el Congreso de la República delegó facultades para legislar al Poder Ejecutivo sobre diversas materias relacionadas con el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento. Las materias delegadas fueron: a) facilitación del comercio, b) mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa y modernización del Estado; c) mejora de la administración de justicia en materia comercial y contencioso administrativa; para lo cual se solicitará opinión del Poder Judicial; d) promoción de la inversión privada; e) impulso a la innovación tecnológica, la mejora de la calidad y el desarrollo de capacidades; f) promoción del empleo y de las micro, pequeñas y medianas empresas; g) fortalecimiento institucional de la gestión ambiental; y h) mejora de la competitividad de la producción agropecuaria.

⁸ El Informe Final de la Comisión Multisectorial que estudió el empleo público en el 2001 da cuenta de las numerosas autoridades administrativas rectoras del sistema de recursos humanos del Estado. En 1937, se creó en la Intendencia General de Hacienda una Dirección encargada del manejo de la administración pública encargándosele además la creación del Sistema de Escalafón y Pensiones; posteriormente, mediante la Ley N° 8801 se crea la Dirección General de Escalafón y Listas Pasivas, en un primer momento a cargo del Ministerio de Justicia y Culto y, luego del Ministerio de Trabajo, para finalmente retornar al Ministerio de Justicia y Culto. En julio de 1950 con el D.S. 522, Reglamento del Estatuto y Escalafón del Servicio, se instaura la Dirección General del Servicio Civil (...). Posteriormente se creó la Oficina Nacional de Personal (ONAP), dependiente de la Oficina del Premier, y en diciembre de 1973, mediante D.L. 20316, el Instituto Nacional de Administración Pública - INAP- como organismo público descentralizado de la Oficina del Primer Ministro. El INAP fue posteriormente adscrito directamente al

el denominado *Cuerpo de Gerentes Públicos* (Decreto Legislativo 1024) que reuniría a profesionales altamente capaces, seleccionados en procesos competitivos y transparentes para ser destinados a entidades de los tres niveles de gobierno (nacional, regional y local). De la misma manera, aparecieron herramientas que permitirían institucionalizar una política de formación y capacitación de los servidores públicos (Decreto Legislativo 1025, que aprobó las normas para la capacitación y evaluación del personal al servicio del Estado); o procesos para modernizar los gobiernos regionales y locales (Decreto Legislativo 1026, que estableció un régimen especial facultativo para los gobiernos regionales y locales que desearan implementar procesos de modernización institucional integral).

Quizá uno de los más necesarios, aunque no suficiente, fue el Decreto Legislativo 1057 que creó el Contrato Administrativo de Servicios – CAS (julio de 2008), un “régimen laboral público” que nació como un paliativo destinado a los hasta entonces olvidados SNP. Ellos transitarían a dicho régimen en respuesta a las invocaciones del Tribunal Constitucional y a los mandatos de reposición del Poder Judicial. A partir de dicha Ley, los servidores de contratación temporal, desprovistos de derechos laborales, pero que desarrollaban funciones administrativas, alcanzaron la titularidad sobre algunos derechos, aunque de modo recortado (por ejemplo: vacaciones por 15 días, cuando servidores de carrera y 728 gozan de 30 días). Seguían siendo considerados como trabajadores de segunda clase, cosa que el Tribunal Constitucional identificó y nuevamente invocó al Poder Legislativo a que pusiera una solución⁹. En este contexto, se promulgó la Ley 29849 que además de esclarecer la titularidad sobre derechos laborales de estos servidores, pero en el marco de la temporalidad de los contratos CAS (sólo pueden ser suscritos hasta por el año del ejercicio presupuestal) estableció la transitoriedad de este régimen y su eliminación progresiva hasta la implementación de un nuevo servicio civil. Así, el CAS se convirtió en un régimen adicional a los ya existentes, que ha contribuido al desorden del empleo público¹⁰.

Presidente de la República, y a su Jefe, se le otorgó la Categoría de Ministro con voz en las sesiones del Consejo de Ministros. El INAP fue disuelto con Ley N° 26507 (1995), y las funciones que desarrollaba en los aspectos referidos a los sistemas de racionalización, y personal, pasaron a ser responsabilidad exclusiva de cada entidad del sector público. En: “Informe Final”, disponible en: (http://www.mintra.gob.pe/contenidos/legislacion/servidores_publicos/informe_final.pdf) p. 25-26. Acceso: 26 ago. 2013. Trece (13) años después, se crea SERVIR.

⁹ Como el Contrato Administrativo de Servicios nació como una modalidad contractual, las entidades públicas lo interpretaron que era un contrato SNP “encubierto”. Con la STC 00002-2010-PI/tc, del 7 de setiembre de 2010, el TC peruano convalidó la constitucionalidad del CAS, pero determinó que “toda actividad interpretativa hecha respecto del denominado “contrato administrativo de servicios”, deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el marco constitucional”. El TC invocó al legislador a dotar de normas complementarias que reconociera a estos trabajadores la titularidad sobre los derechos laborales reconocidos por la Constitución, cuyo goce les era negado por la propia Ley CAS, FJ. 47.

¹⁰ El profesor Jorge DANÓS considera que ni siquiera el paquete de Decretos Legislativos dados por el gobierno para poder modernizar los recursos humanos de la Administración Pública fueron intentos serios de reforma. Fueron “parches”. A su juicio uno de los hitos más importantes de los últimos años ha sido la ley 29849 que reformó la norma CAS, porque de un lado se reconocen los derechos laborales de los trabajadores del Estado y de otro lado, se reconoce que es un régimen transitorio que estaría destinado a desaparecer en cuanto se aprobara el entonces proyecto de reforma del empleo público en el Perú. Se toma en serio la entonces próxima reforma del servicio civil, en: DANOS ORDOÑEZ, Jorge. "Los intentos frustrados de reforma de la función pública, de la carrera administrativa, del empleo público y

Las normas sobre topes remunerativos impulsadas durante el gobierno del presidente Toledo, y ajustadas por el segundo gobierno del presidente García determinaron el inicio de la huida de profesionales talentosos de la Administración Pública, por considerarse mal pagados¹¹. En este contexto, con Decreto de Urgencia 051-2011 (2011) se autorizó la contratación del denominado *personal altamente calificado*. Profesionales con grado de maestría o de doctor, que ingresarían sin concurso público y se les pagaría según responsabilidad (magnitud de tareas, presupuesto y personal a su cargo), nivel jerárquico (nivel de decisión y ubicación del puesto dentro de la Entidad) y requisitos del puesto (nivel de especialización, experiencia, habilidades y competencias); y esencialmente, exceptuándoseles de los topes remunerativos¹².

Luego, a la fecha, el Estado emplea a través de las siguientes modalidades contractuales: (i) la carrera administrativa (D.Leg. 276), (ii) el régimen privado (D.Leg. 728), (iii) los contratos administrativos de servicios (D. Leg. 1057); (iv) la gerencia pública (D. Leg. 1024), (v) los funcionarios altamente calificados (Decreto de Urgencia 051-2011); (vi) el fondo de apoyo gerencial de Naciones Unidas (Decreto Ley 25650); y, la (vii) locación de servicios.

Esta atomización de regímenes ha traído consigo la diversificación de deberes y derechos. Se llega a la esquizofrénica e inequitativa situación de, aún teniendo encomendadas las mismas funciones y responsabilidades, dos servidores perciban remuneraciones distintas (el régimen 276 sujeto a la remuneración básica percibe remuneraciones ostensiblemente más bajas que los del régimen 728); se les aplique regímenes disciplinarios distintos (cada modalidad contractual tiene el propio, salvo el CAS que carece de él, y en adición se prevé la Responsabilidad Administrativa Funcional – teniendo a la Contraloría General de la República como autoridad instructora y sancionadora - y las sanciones por faltas éticas conforme al Código de Ética) y unos más estrictos que otros; o aguinaldos distintos (CAS y 276 perciben un monto fijo de 600 soles anuales en adición a su remuneración y 728, dos sueldos adicionales anuales); entre otros¹³.

ahora del servicio civil", Aportes para un Estado Eficiente. V Congreso de Derecho Administrativo, PUCP, APDA - Palestra, 2012, pp. 569-579.

¹¹ La Ley 28212 (promulgada en el gobierno del presidente Toledo) modificada por el D.U. 028-2006 (gobierno del presidente García) desarrolló el artículo 39 de la Constitución Política en lo que se refiere a las remuneraciones de los altos funcionarios y autoridades del Estado, creando la Unidad Remunerativa del Sector Público – URSP, como referencia para el pago de las remuneraciones de los altos funcionarios; e identificando cuántas URSP corresponderían a los funcionarios según su nivel jerárquico. Con el DU 034-2006, se determinó el valor de la URSP determinándose cuánto ganarían los funcionarios del máximo nivel (magistrados del TC,) es decir, 15600 nuevos soles, y ningún funcionario o directivo o servidor en general, con independencia de su nivel de responsabilidades o formación profesional podría ganar un monto mayor a ese.

¹² Mientras el tope remunerativo es de 15 600 nuevos soles para todo el Estado (incluidos Ministros de Estado), estos profesionales altamente calificados pueden llegar a percibir hasta 25 000 nuevos soles.

¹³ De acuerdo al informe de SERVIR, “existe más de 500 normas sobre el servicio civil, más de 102 escalas remunerativas en 82 entidades del Poder Ejecutivo, más de 400 reglas diferentes que regulan el pago a los servidores públicos y más de 198 conceptos de pago, entre remunerativos y no remunerativos. El Estado peruano emplea alrededor de 1 millón 300 mil servidores públicos y, en promedio, 42 mil personas ingresan a trabajar al Estado cada año a pesar de las normas de austeridad y sin una previsión de las necesidades de personal que responda a una política de Estado articulada con los planes nacionales o

En suma, la actitud del servidor o servidora es incómoda porque existen inequidades irracionales en la distribución de los deberes (un servidor de carrera presenta un mayor número de incompatibilidades que un CAS), y especialmente de los derechos (compensaciones, vacaciones, aguinaldos o gratificaciones). También podría calificarse de precaria, para el caso de los aún existentes locadores de servicios; o para aquellos CAS cuyas funciones no son de carácter temporal, sino que son sujetos a renovaciones periódicas, ya sea mensuales, bimensuales o como mucho anuales; que les impiden forjar un plan de vida con mínimas proyecciones o de ejercer sus funciones administrativas con imparcialidad y sujetándose al ordenamiento jurídico, ante el temor de quedarse sin empleo.

2 ANCLAJE CONSTITUCIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Es posible entender, como Luciano PAREJO que constitucionalmente hablando existe “una perfecta ecuación entre Administración Pública y función pública: (ya que) la segunda representa en su conjunto, el elemento personal de la primera”¹⁴. Así, el Capítulo IV de la Constitución Política peruana de 1993 que recoge *La Función Pública* está insertado en el Título I dedicado a la Persona y a la Sociedad; y su artículo 40 reconoce la carrera administrativa como modalidad de ejercicio de la función pública.

El constituyente encomienda al legislador el deber de adoptar un modelo de carrera administrativa que comprenda deberes y derechos del personal de la Administración Pública que permitan su adecuado funcionamiento, así como las sanciones que recaerán sobre aquellas conductas que atenten contra dicho funcionamiento (art. 40 CP: “la ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos”). Es decir, le encomienda el deber de desarrollar una importante manifestación de la potestad de organización de la Administración Pública (gestionar sus recursos humanos) que le conducirá a cumplir con su fin último de servicio al interés general. Como no define lo que debe entenderse por “carrera administrativa” confiere una amplia discrecionalidad al legislador para configurar dicha carrera. Esta, evidentemente, no es absoluta. Basta una mirada sistemática del texto constitucional para inferir los elementos (características mínimas de la carrera administrativa, del ejercicio de la función pública y del empleo público) por los que deberá discurrir dicha discrecionalidad.

En primer lugar, el constituyente excluye de la función pública a “los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta”; en segundo lugar, adscribe el principio de jerarquía a la configuración legislativa de la carrera, como un principio de organización. En tercero, retira de ella a los funcionarios “que desempeñan cargos políticos o de confianza” diferenciándolos, a su vez, de los demás “servidores públicos”; y en cuarto, encomienda y obliga al legislador a determinar cómo será el ingreso a la carrera, así como, los derechos, deberes y

sectoriales”, disponible en: (<http://files.servir.gob.pe/WWW/files/biblioteca/SERVIR%20-%20EI%20servicio%20civil%20peruano.PDF>). Acceso: 28 ago. 2013.

¹⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Prólogo* al libro *Constitución y empleo público (estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común)*, de Jorge FONDEVILA ANTOLÍN, Comares, Granada, 2000, p. XIX.

responsabilidades de los servidores públicos (arts. 39 y 40 CP). En quinto, reconoce que la titularidad sobre los derechos de sindicación y huelga corresponde a los servidores públicos, excluyendo de ella a los “funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional” (art. 42 CP).

En adición, entendemos que la carrera administrativa o la configuración legislativa de la función pública, deba ser conforme a los principios constitucionales ligados al modelo de Estado constitucional, social y democrático de Derecho (esto sustenta la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en el acceso y progresión en la carrera; e incluso en la permanencia, así como la legitimidad democrática indirecta del funcionario público – derivada de la legitimidad originaria del Presidente de la República). Todo ello, en el marco del fin último de la Administración Pública: la salvaguarda del interés general.

Ahora bien, un análisis de las bases constitucionales de la función pública desbordaría los alcances de este trabajo, pero resulta importante apuntar esta mirada sistemática a la Constitución para los efectos que nos convoca: analizar las características de la LSC.

3 LÍNEAS GENERALES DE LA LSC

La LSC propone una reforma integral, gradual y voluntaria; busca instaurar la igualdad de oportunidades como principio nodal del servicio civil; y concibe a la carrera pública como una progresión jerárquica o competencial ajustada al mérito, orientada al adecuado funcionamiento de la Administración Pública y a la salvaguarda del interés general.

La LSC es una reforma integral en la medida que prevé una reorganización de la Administración Pública, tanto de su estructura orgánica como de la función pública. La LSC exige una mirada reflexiva de la entidad por parte de sus Autoridades Administrativas de modo previo a su tránsito al nuevo régimen para que no se trate de “cambiar todo para que nada cambie”¹⁵ creándose un régimen transitorio como el CAS. Tampoco es un cambio de membrete, sino que exige a las entidades públicas una preparación previa a su implementación.

Estas actividades preparatorias pasan por un análisis situacional de su organización interna, de las funciones que efectivamente ejecutan, aquellas competencias que no ejercen o que deberían ejercer de otra manera (por ejemplo, la fiscalización). Impulsa a las entidades a reconocer sus órganos, unidades orgánicas, niveles jerárquicos y los puestos que tienen en la actualidad en cada uno de ellos (los denominados *mapeos* de puestos y de procesos); para identificar cuáles serán los

¹⁵ Esa frase es atribuida a Giuseppe Tomasi de Lampedusa, en su obra *El Gatopardo*, y ha sido utilizada por politólogos y acotada como “gatopardismo” para referirse a las políticas que aluden a cambios no estructurales.

puestos que realmente necesita; qué requisitos y competencias tendría que exigir a los servidores respectivos para que coadyuven, efectivamente, a cumplir con las competencias encomendadas. A continuación, las entidades deberán “valorizar” sus puestos (determinar las remuneraciones o compensaciones, de acuerdo a criterios que SERVIR y el MEF reglamentarán) y ajustar sus instrumentos de gestión. Sólo entonces, las entidades podrán convocar a concursos públicos con plazas sujetas al nuevo régimen¹⁶.

Podríamos afirmar que es integral, además, porque si bien reconoce el carácter público de estos servidores que se rigen por las reglas del Derecho Administrativo y por los principios de jerarquía y legalidad, también introduce una perspectiva técnica de recursos humanos de la que carecieron las anteriores normas de empleo público. De esta manera, reconoce las tres patas de la mesa de la gestión de los recursos humanos: (i) el cálculo de las compensaciones a través de criterios para la valorización de puestos, la gestión del desempeño que se subdivide de modo concatenado en: (ii) gestión de la capacitación y en (iii) gestión del desempeño (evaluación del desempeño por metas) unidas por el tablero del mérito. Es decir, se capacita a quienes respondan mejor a las necesidades de la entidad y a quienes obtuvieron un bajo rendimiento en el periodo de evaluación pasado; estarán listos para progresar aquellos que hayan obtenido un buen rendimiento o rendimiento distinguido en su evaluación y en consecuencia se les otorgará una mejor compensación.

El problema que posiblemente surja en este ambicioso proyecto radica en la capacidad técnica y presupuestal de las aproximadamente 2500 entidades públicas de los tres niveles de gobierno para llevarlo a cabo; así como en la voluntad política de sus gobernantes para impulsar el cambio. Aunque la coerción para el nivel nacional provenga de la imposibilidad que tendrán los ministerios y organismos públicos para incorporar nuevos servidores públicos de acuerdo a sus necesidades, la autonomía de los niveles regional y local en cuanto a su organización interna los haría más renuentes al cambio.

La LSC es una reforma gradual en la medida que el proceso de implementación comprende un periodo de seis años. Ahora bien, el número de entidades de los tres niveles de gobierno (ministerios y sus organismos públicos; órganos constitucionales autónomos; gobiernos regionales y sus direcciones regionales; gobiernos municipales – municipalidades provinciales y distritales), y el número de procedimientos preparatorios para el pase de cada una de ellas al nuevo régimen conduce a pensar que podrían ser más de seis. En todo caso, esta implementación es entidad por entidad.

La LSC es una reforma voluntaria para los servidores de los actuales regímenes 276 y 728. La transitoriedad del régimen CAS – reconocida por el propio TC, según vimos - determina que los correspondientes servidores deban participar en los concursos de la LSC, si es que desean permanecer en el Estado. En este sentido si bien la

¹⁶ La Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la LSC dispone que las reglas, procesos y metodologías de la Ley y el Reglamento reconoce al menos los siguientes pasos que deberán seguir las entidades para pasar al nuevo régimen: “a) Análisis situacional. Incluyendo un mapeo actual de puestos de la entidad, el análisis de los principales servicios a prestar por la entidad y de la carga de trabajo. b) Propuesta de reorganización incluyendo la simplificación de procesos, definición de nuevos perfiles de puesto y la cantidad de personal necesario para ejercer sus funciones adecuadamente, realizada en coordinación con Servir. c) Valorización de los puestos de la entidad pública en coordinación con Servir y el Ministerio de Economía y Finanzas”.

convivencia entre tres regímenes será inminente, la norma genera una serie de incentivos para que los servidores 276 y 728 concursen, pero también, cabe decirlo, una serie de desincentivos para que permanezcan en sus regímenes.

Entre los primeros están: el número de compensaciones anuales. Para los CAS y los 276, se instauran los 14 sueldos más uno adicional por CTS; y para todos, la posibilidad de progresión en carrera tanto en la entidad, como entre entidades públicas (en tanto comprende al Estado como único sistema). Entre los desincentivos se cuenta al “congelamiento definitivo” de los aludidos regímenes: una vez que se inicie la implementación de la LSC se detienen las progresiones y las nuevas incorporaciones de estos servidores. Las suplencias en casos de cese sólo podrán gestionarse por contratos CAS.

En este contexto, la LSC aspira a convertirse gradualmente en un régimen único. Un tránsito obligatorio de los servidores de los regímenes existentes al nuevo podría abrir la caja de pandora de la discusión doctrinaria, judicial y constitucional sobre si sea o no una medida que atenta contra los derechos de los servidores públicos. Por ello, su “pase” es prudentemente voluntario.

La LSC pretende incardinar el principio de igualdad de oportunidades en el servicio civil.

El “concurso público de méritos” se convierte en el mecanismo de acceso y progresión para la carrera pública, así como, en el mecanismo de acceso para los directivos y de los servidores de actividades complementarias.

La LSC clasifica a los servidores públicos (denominados servidores civiles) en los siguientes grupos: funcionarios públicos (ejercen dirección política del Estado, son titulares de entidades y su origen tiene un anclaje constitucional o legal), directivos públicos (ejercen funciones gerenciales y suelen ser los titulares de órganos o unidades orgánicas), servidores civiles de carrera (a quienes se suele denominar profesionales o técnicos y conforman la carrera pública propiamente dicha), y servidores de actividades complementarias (ejercen funciones ejecutivas, carentes de *potestas*, pero que su definición legal constituye un misterio). Finalmente, los servidores de confianza quienes se encuentran en el entorno del funcionario o directivo que los designó, y que no forman parte de un grupo específico, pudiendo encontrarse en cualquiera de las modalidades de servidores. Estos últimos así como los primeros no acceden por concurso público. En el caso de los funcionarios, porque son elegidos de acuerdo a procedimientos constitucional o legalmente reglados (por ejemplo la elección popular por sufragio directo, secreto y obligatorio - como el Presidente de la República o los Presidentes y Consejeros Regionales). En el caso de los servidores de confianza, porque si bien pueden desempeñar función pública, la “confianza” que el funcionario deposita en ellos para que ayuden a la consecución de sus funciones de gobierno, condiciona su vínculo con la Administración Pública.

La LMEP ya reconocía 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. Esto no es otra cosa que el reconocimiento del principio de igualdad en el acceso al empleo público, el cual, se define en virtud de condiciones objetivas e intrínsecas al servidor, y no por condiciones

extrínsecas, como el sexo o la raza o las conexiones amicales o el tráfico de influencias (este último criterio habría venido siendo el imperante en el acceso). En el régimen de la LSC ello se hace extensivo a la progresión.

La progresión se produce por concurso público de méritos. Los años de servicio en cada uno de los niveles de carrera que el régimen 276 determinó que el ascenso de los servidores sea automático ante el solo hecho de permanecer en la plaza (o puesto) el periodo predeterminado por norma y que haya una plaza disponible en el nivel siguiente. Como ocurrió en la experiencia española, se hizo de lado la idoneidad del servidor para ejercer funciones administrativas¹⁷. Este criterio ha sido desplazado por el mérito y la capacidad. Para que un servidor ascienda a un siguiente nivel de carrera no sólo deberá contar con un mínimo de dos años en su nivel primigenio, sino que además, tendrá que contar con una calificación de servidor de “buen rendimiento” o de “rendimiento distinguido” en su evaluación de desempeño; reunir los requisitos del perfil del puesto (o nivel jerárquico) al cual aspira; y someterse a un concurso público de méritos.

Esperemos que esta promoción de la competición en la carrera pública genere los efectos deseados y no competencias descarnadas que impidan la colaboración administrativa. De otro lado, para que esta regla y principio no se convierta en letra muerta, será crucial la reglamentación de los criterios que regirán estos concursos públicos de méritos así como la fiscalización de su observancia.

La LSC concibe a la carrera pública como una progresión jerárquica o competencial ajustada al mérito.

En el plano organizativo de la función pública, la carrera pública como una progresión jerárquica provendría de la concepción napoleónica “de una Administración civil calcada de la Administración militar”, siendo además que “la función pública “a la francesa” se institucionaliza, se dota de reglas de funcionamiento interno estables y coherentes independientemente de los regímenes políticos a los que sirve”¹⁸.

En este contexto, podríamos entender como sostiene Josefa CANTERO, que la carrera significa, “(...) que la entrada del funcionario en la Administración (servidor civil, para el caso peruano) no se realiza únicamente para ocupar un puesto de trabajo determinado, sino bajo la promesa de ocupación sucesiva de una serie determinada de empleos organizados jerárquicamente. Este sistema permitiría a los funcionarios

¹⁷ Cuando Alejandro NIETO apunta las características de la carrera administrativa en España, señala que el elemento principal de ella es “la movilidad vertical o ascenso progresivo –que puede ser incluso obligatorio- que se traduce en la consolidación de las ventajas alcanzadas, y con la condición inexcusable de no poder ascender al destino superior sin haber ocupado antes el inmediatamente inferior. Respetando estos principios, resultan ya indiferentes los méritos que se tienen en cuenta para el ascenso, las formas de su realización, el tiempo exigido para autorizarse la movilidad y hasta la altura del escalado de destinos accesibles (...)”, en: “Cuadernos de Derecho Judicial”, Nº 7, 1993 (Ejemplar dedicado a la Función pública), pp. 11-44, p. 15. Los subrayados corresponden a la autora.

¹⁸ Moderne, Franck, “Prólogo al libro de Josefa Cantero Martínez”, *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, p.15.

adquirir la experiencia correspondiente y el sentido del servicio público, que los hace sensibles a las necesidades del interés general y no sólo a la rentabilidad inmediata”¹⁹.

Entonces, una carrera administrativa, de modo similar a la carrera militar, implica profesionalización y una consecuente progresión, las cuales, tradicionalmente se han producido por entidad pública. La LSC establece que esa progresión se produzca en la misma entidad pública de origen (que llamaré, progresión vertical), o entre entidades del Estado distintas a la entidad de origen (que denominaré, progresión competencial), entendiendo al Estado como unidad en sus tres niveles de gobierno – nacional, regional, local - y bajo sus distintas modalidades organizativas – ministerios, organismos públicos, programas, unidades ejecutoras, entre otras. En la progresión competencial el servidor de una municipalidad puede concursar al mismo nivel de carrera de un ministerio, pero si gana, sus competencias se incrementarán de la mano de su remuneración.

Con el régimen 276 la progresión se produce al interior de una entidad, bajo la concepción clásica de la verticalidad. La movilidad entre entidades sólo es posible con las acciones de desplazamiento de personal (básicamente el destaque o la permuta), pero dicha movilidad no implica, necesariamente, una progresión en la carrera; sino la posibilidad de que el servidor cuente con un mayor conocimiento de la Administración Pública, que varíe sus actividades luego de varios años de servicio; o que gracias a la distribución inequitativa del CAFAE entre las distintas entidades públicas contase con una mayor remuneración (el fondo de estímulo en el Ministerio de Energía y Minas es considerablemente superior al del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos). En los regímenes 728 y CAS, la progresión es inexistente (aunque de facto, algunas entidades hayan intentado instaurar modalidades de progresión en dichos regímenes).

La LSC concibe a la carrera pública como una progresión orientada al adecuado funcionamiento de la Administración Pública y a la salvaguarda del interés general.

El servidor público a diferencia del trabajador privado queda sometido a un estatuto de la función pública, es decir a un conjunto de reglas de obligatorio cumplimiento; de derechos y obligaciones distintos a los que tienen los trabajadores del ámbito privado; y de unas garantías (como la estabilidad o inamovilidad del cargo) que le permiten permanecer en su puesto pese a los vaivenes políticos (y su usual política de botín), ajustarse al principio de legalidad o juridicidad, pese a recibir órdenes contrarias al orden jurídico, y generar predictibilidad en los administrados²⁰. Este sometimiento a un estatuto jurídico determina, además, que las condiciones de su vínculo con el Estado, que actúa como empleador, no sean negociables. Un acto administrativo constituye su acceso a la función pública, su “salario” viene determinado en una escala remunerativa predeterminada por norma expresa. Las funciones que desempeñará o las metas que deberá conseguir el servidor, se ajustan necesariamente al principio de legalidad, según el cual y aplicado al caso, determina el ámbito competencial o la porción de poder público que le es encomendado, y que es irrenunciable.

¹⁹ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *El empleo público: Entre estatuto funcionarial y contrato laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 43 -45.

²⁰ *Ibid.*, p. 45. Véase además el texto de: SANCHEZ MORON, Miguel, *Derecho de la Función Pública*, 2da.ed., Tecnos, Madrid, 1997, p. 65 y ss.

Ahora bien, cabe decir que esta concepción primigenia del régimen estatutario de la Función Pública se ha visto socavada por el ejercicio de los derechos colectivos, específicamente, del derecho a la negociación colectiva de remuneraciones. Históricamente negada a los servidores del Estado, pero que se ha ido instaurando de modo progresivo, más por un ejercicio fáctico de los servidores (a través de huelgas que paralizan un sector del Estado, como en el patente caso de los servidores de salud) y de algunas entidades con recursos propios; así como de la jurisprudencia constitucional (en una “interpretación conforme a” los Tratados Internacionales de Derechos Humanos)²¹, que por su reconocimiento jurídico expreso (ni la Constitución, ni el régimen 276 de carrera pública reconocen dicho derecho).

Para el tema que nos convoca, la LSC prohíbe la negociación colectiva en aspectos relacionados a la valorización del puesto (remuneraciones), permitiéndola solo para compensaciones no económicas. Es posible que en el contexto descrito líneas arriba, el legislador optase por darle un valor preferente a los principios de igualdad de oportunidades (mérito) y proporcionalidad en el cálculo de las remuneraciones, las cuales se regirían en función de las responsabilidades de los servidores y de los resultados de sus evaluaciones de desempeño. De otro lado, la LSC lista los deberes y derechos, así como de las incompatibilidades de los servidores civiles según el grupo en el que se encuentren.

También importa decir que la relación entre el servidor civil y el puesto en la Administración Pública ya no se erige sobre la base de la formación académica o profesional, o de los grados o títulos que el mismo servidor haya obtenido. Con la LSC el vínculo entre servidor y puesto se construye sobre la base de lo que la Administración Pública requiere para cumplir con las funciones encomendadas y servir a los intereses generales. No es que la LSC ya no exija a servidores calificados profesionalmente, sino que exigirá el grado en la medida en que dicho grado sea indispensable para el ejercicio de la función administrativa.

El régimen 276 clasificó a los servidores de carrera en función al criterio del título profesional. De esta manera dividió la carrera administrativa en los grupos ocupacionales: profesional (quienes detenten título profesional o grado académico reconocido por Ley Universitaria), técnico (con formación superior o universitaria incompleta o capacitación tecnológica o experiencia técnica reconocida) y auxiliar (con instrucción secundaria y experiencia para realizar labores de apoyo). Luego a mayor número de certificaciones profesionales del servidor, mayor sería su ascenso en el escalafón.

²¹ En la STC 008-2005-pi/tc, el Tribunal Constitucional, si bien convalidó la constitucionalidad de la LMEP, determinó en el punto 4 de la parte resolutive: “**DECLARAR** que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28° de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador”; el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; el artículo 6° del Convenio N.° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio N.° 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, entre otros tratados de derechos humanos”.

En contraste, la LSC omite la clasificación por grupos ocupacionales, destina la carrera sólo a aquellos servidores que desarrollen “funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad”; y, como vimos, crea la clasificación de “servidores de actividades complementarias”, o aquellos que “realizan funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad”. Esto significa que los actuales “auxiliares” de la 276 equivaldrían a “servidores de actividades complementarias” quedando fuera de la carrera. De otro lado, los servidores de carrera son agrupados en “familias de puestos”, es decir en conjuntos de puestos con “funciones, características y propósitos similares; las cuales se organizan, a su vez, en niveles de menor a mayor complejidad. Así por ejemplo, un servidor que se dedica a elaborar el presupuesto de la entidad ejerce una función que constituye un común denominador a todas las entidades públicas, y estará en la familia de quienes formulan presupuesto.

De lo dicho, puede inferirse que la norma entiende al mérito desde la idoneidad del servidor para el puesto y las necesidades del mismo puesto, más que desde los estudios profesionales o los títulos. Luego, podría ocurrir que un servidor que tiene estudios universitarios incompletos perciba una mayor remuneración (o compensación) y ubicarse en un nivel de carrera mayor que un servidor que obtuvo título de magíster o doctor. También que alguien que estudió Derecho, por ejemplo, no necesite contar con el título de licenciado para ganar un concurso como servidor de carrera, si es que aplicase a un puesto en recursos humanos o en planificación. Caso contrario será, si postula a un puesto de procurador de un ministerio, en el que se le exigirá dicha titulación, e incluso, que cuente con la colegiatura para poder litigar.

De otro lado, la LSC importa del ámbito privado al “periodo de prueba” y a la “evaluación de desempeño” por metas. Favorables para una gestión eficiente de los recursos humanos del Estado, en tanto busca que los mejores permanezcan, pero que podrían constituir mecanismos de desviación del poder del Estado. A diferencia de una empresa privada donde el empleador tiene un interés directo con la gestión de los recursos por la finalidad de lucro y porque en riesgo la inversión del propietario – empleador, en el caso de una entidad pública, el fin es público, y la titularidad sobre los recursos del Estado recae sobre todos los administrados. Quien detenta el poder público para efectuar los concursos o para evaluar carece de ese interés del empleador – propietario del negocio. Lo mismo ocurre con las causales de cese por supresión del puesto o por extinción de la entidad. Luego podría evaluar con rendimiento deficiente a quien no responde a sus intereses particulares, a pesar de los criterios y principios que rigen la evaluación del desempeño, según la LSC.

En este aspecto, la teoría estatutaria recoge a la estabilidad absoluta entre sus filas, a fin de limitar el poder de los gobiernos de turno sobre los servidores y garantizar la neutralidad política. Sin embargo, una estabilidad pétrea ha generado otro tipo de problemas relacionados a la eficacia de la Administración Pública, llegando al extremo en que un mal servidor solo acude a la entidad a marcar asistencia sin atender sus procedimientos.

En este sentido, esperemos que la reglamentación reconozca los procedimientos suficientes y adopte un adecuado mecanismo de fiscalización para que la Administración Pública sea eficiente y competitiva; promueva la llegada y permanencia

de los mejores servidores civiles; y al mismo tiempo, tutele sus derechos fundamentales de acceso y permanencia en la función pública conforme a la Constitución y las leyes.

4 OTRAS CARACTERÍSTICAS DEL NUEVO SERVICIO CIVIL

Ámbito de aplicación de la LSC: las empresas del Estado y los excluidos.-

No están todos los que son, ni son todos los que están. Es posible que lo óptimo hubiera sido que la LSC sea aplicable a todos los servidores públicos, pero la opción del proyecto del Poder Ejecutivo fue excluir aquellos servidores que cuenten con regímenes especiales vigentes. Como es el caso de los médicos o de los maestros (no así los servidores que desempeñan labores estrictamente administrativas, no médicas, ni educativas en colegios u hospitales), dos de los regímenes expresamente listados en el precepto correspondiente a las exclusiones.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el Congreso de la República, la Contraloría General de la República - CGR, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP – SBS, el Banco Central de Reserva - BCR o la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT. La exclusión de sus servidores del régimen del servicio civil habría obedecido más a motivos políticos que técnicos, ya que salvo el BCR que se encontraba en el proyecto de ley primigenio, y en el dictamen de la Comisión de Presupuesto, el resto de organismos fueron incorporados en los debates del Pleno.

En relación a los trabajadores de las empresas del Estado, en un contexto constitucional en el que el Estado juega un rol subsidiario en la economía, la finalidad económica que persiguen estas empresas determina que sean afectadas por la intervención del Estado, en la menor medida posible. El difícil punto medio entre el control estatal sobre el uso de dinero público y la libertad económica se aborda en el Decreto Legislativo 1031, según el cual, las empresas estatales sujetas al ámbito del Fondo de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE, se les aplica los sistemas administrativos (entre ellos, el de recursos humanos) “en cuanto sean aplicables”²².

²² El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE es una empresa de Derecho Público adscrita al Sector Economía y Finanzas creada por la Ley No. 27170. Encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado, FONAFE cuenta con un Directorio conformado por cinco Ministros de Estado: Economía y Finanzas; Transportes y Comunicaciones; Vivienda, Construcción y Saneamiento; Energía y Minas; y, Presidencia del Consejo de Ministros, quienes tienen entre sus facultades principales, las siguientes:

- (I) Ejercer la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas las empresas (creadas o por crearse) en las que participa el Estado y administrar los recursos provenientes de dicha titularidad.
- (II) Aprobar el presupuesto consolidado de las empresas en las que FONAFE tiene participación mayoritaria, en el marco de las normas presupuestales correspondientes.
- (III) Aprobar las normas de gestión en dichas empresas.
- (IV) Designar a los representantes ante la Junta General de Accionistas de las empresas en las que tiene participación mayoritaria.

Bajo el ámbito de FONAFE se encuentran únicamente las empresas que cuentan con participación mayoritaria del Estado, sea que dichas empresas se encuentren activas o en proceso de liquidación; así como las empresas que le han sido entregadas por encargo. Información adoptada del portal web de FONAFE, disponible en: (<http://www.fonafe.gob.pe/portal?accion=c&t=13&i=108&n=2&o=103&m=2>). Acceso: 10 ago. 2013.

En este contexto, si bien la LSC excluye expresamente de su ámbito de aplicación al personal de las empresas del Estado, el principio de unidad estatal hace su aparición cuando se remite a las excepciones del Decreto Legislativo 1023, según la cual, “respecto de las empresas del Estado sujetas al ámbito de competencia de (...) FONAFE, la Autoridad (SERVIR) ejercerá sus funciones y atribuciones en coordinación con el citado organismo, con sujeción a lo dispuesto por la Constitución y sus leyes especiales”. Luego es posible entender que si bien el personal de las empresas del Estado queda excluido del ámbito de la LSC, a éstas se les aplica ciertas políticas del sistema de recursos humanos del Estado, como ocurre con la selección de directivos (arts. 15 y 19 del Reglamento del D. Legislativo 1031) pero siempre en coordinación con FONAFE y conforme a los perfiles adoptados por la señalada institución.

La LSC en el Estado Unitario, Descentralizado y diverso

Si echamos un vistazo a la Constitución Política de 1993, los distintos momentos en los que acota los hitos característicos de la Administración Pública trascienden al capítulo destinado a la función pública. Por ejemplo, en relación a la estructura del Estado y los niveles regional y municipal de gobierno. La Administración pública puede tener actividades paralelas sin por ello dejar de ser la misma. El listado de competencias y funciones que atribuye la Constitución y las distintas leyes orgánicas lo determina, en función a la finalidad perseguida y a los bienes jurídicos que protegen. En este punto seguimos a Luciano PAREJO cuando afirma que:

“si la Administración es el instrumento para la consecución, a través de la ejecución sistemática y típica de los programas legislativos, de objetivos de configuración social seleccionados en tales programas, es, por ello mismo, un medio que ha de ser idóneo a la finalidad perseguida y adecuado a los específicos procesos sociales en cuyo decurso se trata de influir. La idoneidad y la adecuación son condición de la eficacia, como también de la necesaria legitimación, e implican de suyo la diversidad.”²³

Uno de los aportes de esta Ley es que considera la unidad y la diversidad en el diseño. De un lado está la organización de la función pública por familias de puestos (funciones común denominador en toda entidad del Estado), pero de otro lado recoge preceptos que permite un tratamiento distinto a las entidades. Esencialmente a partir del principio de flexibilidad, entendido como que “el Servicio Civil procura adaptarse a las necesidades del Estado y de los administrados”.

Así el apartado especial para las municipalidades o en la posibilidad de permitir a entidades con un número considerable de servidores públicos de poder incrementar sus niveles de directivos de tal manera que le permita gestionar toda la entidad. A mi juicio, lo bueno es que estos criterios flexibles serán configurados por SERVIR; lo malo es que desconocemos el tiempo que pueda durar la administración que concibió la norma; lo feo es que si cambia el gobierno que apoya esta reforma y cambian las autoridades del ente rector, esta denominada “flexibilidad”, basada en la diversidad del Estado peruano pueda ser manipulada.

²³ LUCIANO PAREJO, Prologo..., *ibid.*, p. XXII.

La responsabilidad administrativa disciplinaria: un breve apunte

De acuerdo a SANCHEZ MORÓN, la situación de sujeción especial (del servidor civil respecto a su estatuto jurídico, a su superior jerárquico y a la Administración Pública) que caracteriza al disciplinario, y que lo diferencia del poder sancionador administrativo fue el sustento para que inicialmente se considerase que los principios del procedimiento administrativo sancionador (como debido procedimiento, presunción de inocencia, entre otros) no eran aplicables al disciplinario²⁴. Sin embargo, progresivamente ha sido entendido como una manifestación del *ius puniendi* del Estado, porque si bien el poder de disciplinar responde a la necesidad de velar por el adecuado funcionamiento de una entidad, también es cierto, que en estos casos el Estado ejerce un poder de policía que exige estar sometido a límites, los cuales radican en el ejercicio de los derechos fundamentales²⁵. En este sentido, se somete a los principios que rigen el poder sancionador, entre ellos, los principios de legalidad y tipicidad.

Uno de los mayores problemas del servicio civil actual, es que el elevado número de regímenes “laborales” que vinculan al Estado ha determinado la aparición de una diversidad de regímenes disciplinarios, y ha generado mucha confusión en los aplicadores del Derecho sobre cuál sea la normativa aplicable para cada supuesto; originando, a su vez, vicios de nulidad en sus procedimientos, por transgresión a los principios de legalidad y tipicidad. Así por ejemplo, en el caso Claudio Reyes Hidalgo contra La Universidad De La Molina²⁶, el recurrente era un locador (SNP) que cometió actos de violencia grave. La Universidad inició el procedimiento disciplinario al amparo del Código de Ética (ámbito de aplicación: todo aquel que ejerce función pública); pero se le sancionó según el régimen 276 (cuando el ámbito de aplicación de dicho procedimiento disciplinario se restringe expresamente a servidores 276). El Tribunal del Servicio Civil declaró nula la resolución de primera instancia por vulnerar el principio de legalidad, debido a que la Universidad aplicó indebidamente el régimen disciplinario.

La LSC apunta a establecer un régimen disciplinario único en la medida que extiende la aplicación de sus reglas a los otros regímenes 728, 276 y CAS. No obstante, en tanto no deroga las normas sobre Responsabilidad Administrativa Funcional que otorgan potestad sancionadora a la Contraloría General de la República genera confusiones sobre el ámbito competencial por razón de la Autoridad Administrativa. No

²⁴ El poder disciplinario inicialmente fue entendido por el Tribunal Constitucional como “el medio con que cuenta la Administración para obligar a sus servidores el cumplimiento de los deberes específicos del servicio”, siempre y cuando sea sujeto de un debido proceso (STC 843-2000-AA/TC, del 5 de agosto de 2002, FJ 1). Posteriormente, el TC identificó la diferencia entre el *ius puniendi* del Estado o el poder sancionador que éste ejerce sobre los administrados, del poder disciplinario. En el caso Edgar Rojas contra el Ministerio del Interior, el TC señala que el poder disciplinario de la Policía Nacional del Perú se ejerce “conforme a la relación jurídica estatutaria con sus funcionarios, por lo que la sanción disciplinaria se ha dispuesto en virtud de un interés jurídicamente protegido, como es el hacer cumplir la ley (...)” (STC 940-2003-AA/TC del 24 de junio de 2004, FJ. 3). Acota sus límites, los cuales radican en los derechos fundamentales, el cual discurre en un canal procedimental de necesaria configuración legal o reglamentaria.

²⁵ El poder disciplinario se fundamenta en el poder sancionador del Estado, **el mismo *ius puniendi***, “partícipe de la naturaleza de la infracción administrativa y, en consecuencia, sometido a los mismos principios que el Derecho penal, y en consecuencia, que el resto del Derecho administrativo sancionador”, en: GÓMEZ TOMILLO, Manuel, y SANZ RUBIALES, Iñigo, *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2. ed., Aranzadi - Thomson, Navarra, 2010, p. 246.

²⁶

queda claro cuándo es la entidad pública quien inicia el procedimiento disciplinario y cuándo es la Contraloría, en tanto las conductas infractoras en ambos regímenes son similares. Lo mismo ocurre con el régimen del Código de Ética de la Función Pública, que no ha sido derogado. Será indispensable que vía colaboración reglamentaria, el Poder Ejecutivo introduzca esta necesaria delimitación.

A MODO DE CONCLUSION

Esta ponencia ha tenido por objeto exponer los principales elementos de la Ley del Servicio Civil, y cómo toma distancia, en algunos aspectos, de sus predecesoras. Quizá su principal problema sea que delega aspectos importantes a la colaboración reglamentaria, pero nos encontramos con un régimen ambicioso que apuesta por un cambio cultural en la Administración Pública, centrado en un adecuado ejercicio de las competencias y en las necesidades del Estado para ejercer sus funciones; apostando en instancia mediata, por los administrados.

Una Ley no cambia el mundo. Sin embargo este es un esfuerzo importante y podría sentar las bases de un auténtico cambio. Esperemos que la colaboración reglamentaria coadyuve en dicho esfuerzo y que la voluntad política de los tres niveles de gobierno sea la suficiente como para impulsarlo y consolidarlo.

Autor convidado pela Revista Científica Direitos Culturais