

# *Instituciones y Perspectivas del Derecho Laboral Público*

**Guillermo Miranda Hurtado**

*Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica  
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*

## **1.- Una reflexión necesaria como punto de partida.**

A nivel de derecho comparado (el continental europeo) el empleo público ha sido materia del derecho administrativo pero nunca su preocupación principal, sino más bien marginal. Es a partir de la década del 70<sup>1</sup>, primero en Italia, donde se aprecia que el derecho laboral, con su vocación expansiva fundada en valores democráticos, retoma el abordaje dogmático del empleo público. En el Perú la dogmática administrativa no desarrolló ni siquiera marginalmente las instituciones vinculadas con el empleo público, sin embargo esta ausencia no fue obstáculo para la ciega aplicación e importación de la teoría estatutaria dominante. En lo que respecta al derecho laboral en nuestro país, éste ha tenido un desarrollo importante en lo que a su dogmática y técnica se refiere; en ello la cátedra de Javier Neves Mujica ha representado un viraje de esta disciplina del derecho hacia un estado de consolidación; sin embargo, el tratamiento del empleo público no ha sido materia de especial interés, salvo algunos casos singulares.<sup>2</sup>

Muchos son los factores que originaron este olvido del derecho laboral. Una primera explicación está en los fundamentos genéticos del derecho del trabajo. En efecto, éste se engendra en el conflicto entre el capital y el trabajo, que tuvo su primera gran expresión en la revolución industrial y su prólogo social en la marcha parisina de 1848<sup>3</sup>. El empleo público es ajeno a esta realidad, y más bien surge del ocaso del Estado absolutista y de surgimiento de un gobierno autoritario post revolucionario (Napoleón I).

Sin embargo, la instalación y desarrollo de los Estados Sociales y Democráticos ha ido configurando al derecho laboral, dotándole de una vocación expansiva y de formulación técnica que lo ha llevado a ingresar dentro del empleo público. A manera de paréntesis, en agosto de 2004, tuve el honor de entablar una conversación con el profesor laboralista Ermida Uriarte,

justamente sobre el por qué al laboralismo latinoamericano el empleo público ha empezado a inquietarle recién a partir de la década del 90. Concluí que entre los muchos factores, dos son claros, el primero referido a la relativa situación de bienestar de la burocracia hasta la década del 80 por sobre el empleo privado, lo que disminuía las relaciones de conflicto, y segundo, porque la «huida» del derecho administrativo para aplicar el régimen laboral privado en el empleo público supuso un espacio de reflexión para el iuslaboralismo.

Mientras que en Europa Continental el empleo público ha sido un campo de encuentro para las dogmáticas laboralista y administrativista, en el Perú ambos derechos (sus doctrinas) no han confluído en el escenario. La ausencia de doctrina sobre el tema, ha dejado un terreno libre para el legislador y la judicatura, produciendo resultados incoherentes sin una adecuada valoración de los intereses concurrentes. En términos generales, el legislador ha mostrado su proclividad por fórmulas del derecho administrativo, en donde se siente más cómodo para imponer condiciones, y ha «huido a los textos normativos de derecho laboral privado» (laboralización formal) cuando este derecho administrativo contradictoriamente ralentizaba o volvía rígido su proceso de toma de decisiones, aunque dicha «huida» fue para refugiarse imponiendo sus condiciones de autoridad, muchas contradictorias con el derecho del trabajo. Por su parte la judicatura, ha sido fiel seguidora de la ley, pero cuando ha tenido que definir situaciones no reguladas, ha resuelto usualmente aplicando sólo criterios de derecho laboral, despreocupándose de otros intereses generales concurrentes distintos a los laborales.

Es en este contexto en el que presento este artículo, que espera alentar la dialéctica en este tema, el cual tiene una especial relevancia para casi un millón de personas que laboran para el Estado, y especialmente para todos nosotros, que en tanto ciudadanos requerimos de un Estado democrático y eficiente. Expondré los

1 Luis Ortega, Revista del Derecho Administrativo N° 26, 1980, comentando El Empleo Público de Mario de Rusciano, 1978.

2 Quiero resaltar la tesis de mi amigo Edgardo Balbín Torres, sobre la distinción entre la teoría estatutaria y contractualista, que sin duda representa un punto importante en la reflexión sobre el empleo público. Las conversaciones de «café» con Edgardo añadieron en mucho a la reflexión de varios temas del presente artículo.

3 Rafael Sastre Ibarreche, El Derecho al Trabajo pag. 30. Editorial Trotta, Madrid, 1996.

temas doctrinarios que considero centrales para luego hacer una leve descripción de los aspectos fundamentales de la Ley N° 28175, Marco del Empleo Público

## 2.- Contenido

El título del presente artículo contiene un ámbito de aspectos que no pretendo desarrollar íntegramente pues ello desbordaría las limitaciones de espacio impuestas. Me centraré en los aspectos medulares vinculados con las instituciones fundamentales del empleo público.

### 2.1.- Instituciones del Empleo Público

#### a) Empleo público y la confluencia del Derecho Laboral y Administrativo

##### Definición de empleo público

El empleo público es el conjunto de relaciones laborales que vinculan al Estado en su posición de empleador, con sus trabajadores o servidores públicos. Es relación de trabajo aquella que tiene los siguientes elementos: prestación de servicios, remuneración y subordinación (elemento tipificador). Dentro de este concepto amplio se ubican los funcionarios públicos y trabajadores sujetos al régimen de carrera o bajo el régimen laboral privado, trabajadores de empresas públicas, entre otros.

##### ¿Derecho Laboral (teoría contractualista) o Derecho Administrativo (teoría estatutaria) en la regulación del empleo público?

Sobre la regulación de las relaciones de trabajo en el empleo público confluyen las teorías estatutaria y contractualista, las que pasamos a explicar:

**La teoría estatutaria.-** Sostiene que la naturaleza jurídica de la relación de trabajo en el empleo público es unilateral, surgida por exclusiva voluntad de la administración, cuyo contenido, por lógica consecuencia, es también determinado solamente por el Estado-empleador.

**La teoría contractualista.-** Sostiene que la relación en el empleo público es de naturaleza laboral, y por tanto, nace de un contrato bilateral, en el que el Estado ocupa la posición de empleador. La colocación de la

relación dentro del ámbito del derecho laboral, tiene entre otras implicancias reconocer a la autonomía privada como fuente de derecho en el empleo público.

Al respecto, Luis Ortega<sup>4</sup> describe los siguientes cinco postulados de la teoría estatutaria:

1. Imposibilidad de acuerdo contractual, debido a la desigual posición jurídica de las voluntades en juego, voluntad pública-voluntad privada.
2. Incomerciability del objeto del contrato.
3. Regulación mediante Ley del contenido de la relación de empleo público.
4. Posición de supremacía de la Administración una vez iniciada la relación jurídica.
5. Retroactividad de los efectos de la relación al momento del acto de nombramiento.

Esta teoría se formula desde dos aproximaciones a la noción de Estado: una primera en la que se «integra» al trabajador público dentro de la organización estatal, siendo sujeto de derecho sólo para lo que heteronomamente se decida. Ortega<sup>5</sup> citando a Hegel dice que «todo lo que el hombre es lo debe al Estado: solo en él encuentra su esencia». La segunda aproximación se basa en la diferenciación entre el interés público y privado. En tanto el Estado encarna el interés público, actúa con autoridad en el ámbito del derecho público, y no es admisible que los particulares concurren con su voluntad a la configuración de una relación jurídica en este espacio.

Sobre dichas aproximaciones, Jellinek<sup>6</sup> abre la discusión al señalar que la población como un elemento del Estado, tiene una doble función: «de un lado es un elemento de la asociación estatista, al formar parte de ésta, en cuanto el Estado es sujeto del poder público. Designaremos al pueblo, desde este punto de vista, como pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad estatal, es decir pueblo en cuanto objeto». Esta concepción de Estado es trascendental porque, en primer término, reconoce a las personas que conforman el pueblo como sujetos de derecho, con intereses propios y derechos subjetivos, y en segundo término, estas personas son distintas del Estado, por tanto éste también es persona jurídica. Ello permite reconocer la existencia de intereses distintos y distinguibles, y la posibilidad de que se originen negocios jurídicos entre el Estado y los particulares, en donde estos últimos gozan de derechos subjetivos.

4 Luis Ortega, Los Derechos Sindicales de los Funcionarios Públicos pag.29, Editorial Tecnos 1983.

5 Ibid, p. 28.

6 Georg Jellinek, El Concepto Jurídico del Estado, Derecho Constitucional General, Pag 121, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1992.



Luego, con el reconocimiento de la libertad de contratar y su expresión laboral en la libertad de trabajo, como un derecho constitucional de primera generación, parece inadmisibles la posición de la teoría unilateral, en tanto el trabajador público en ejercicio de dicha libertad decide si establece una relación jurídica o no, con quién y en qué actividad. Sustentar lo contrario, implica considerar al trabajador público como un siervo al que puede obligársele a trabajar, lo que riñe con las libertades fundamentales mencionadas.

Definido el origen contractual de la relación de trabajo en el empleo público, pasamos a referirnos a los postulados de la teoría estatutaria vinculados a la regulación de la relación, fundamentada en la posición de dominio de la Administración.

La dogmática administrativa sostiene que la tutela del interés público a cargo del Estado sustenta la aplicación del derecho administrativo, que eleva al Estado, en su posición de empleador, a una posición de dominio frente al trabajador, resultando una relación asimétrica no sólo económica (como lo es la relación de trabajo) sino también jurídica.

Dicha formulación se pudo construir, como mencionamos en párrafos anteriores, en una realidad distinta al conflicto capital-trabajo, en donde el mejor status del trabajador público, su remuneración, condiciones de trabajo y situación pensionaria, disminuía (ocultaba) el conflicto, mientras que el concepto de «interés público» como objeto esencial de la actividad estatal justificaba la posición de dominio del Estado, regulada por el derecho administrativo, en toda relación jurídica que se configurase con los privados. No obstante ello, «de estas consideraciones se desprende que la burocratización de la gestión del poder lleva implícito un conflicto permanente de intereses, en cuanto que entre el funcionario y la organización administrativa existe un intercambio de prestaciones que constituye la realidad socio-económica de la relación de empleo público.»<sup>7</sup>

Esta aplicación de derecho administrativo, significó en los sistemas cerrados de empleo público la

exclusión de toda fuente de derecho que no fuese la heterónoma (estatal), y de otro lado, la construcción de un conjunto de derechos individuales de trabajo orientados sólo a proteger al trabajador público de la injerencia del gobierno de turno, pero que en nada tenían que ver con el reconocimiento de libertades individuales y derechos sociales. Dicho en otros términos, los derechos laborales reconocidos al trabajador público tenían por finalidad la construcción de un cuerpo de burócratas regidos por el principio de legalidad que tomaran decisiones objetivas sin injerencia política. «Esta característica proteccionista de la organización pública está acompañada, sin embargo, de una fuerte estructura jerárquica y de la exclusión de instrumentos de resistencia colectiva como la huelga.»<sup>8</sup>.

Pero centremos el estado de la cuestión; para la teoría estatutaria se trata de regular la relación laboral mediante el derecho administrativo para tutelar el «interés público», mientras que para el derecho del trabajo la existencia de una relación laboral, definida como la confluencia de los siguientes tres elementos: la prestación de servicios, remuneración y subordinación, sustraen la relación dentro de su ámbito de aplicación.

El derecho administrativo no define su ámbito de aplicación por la relación ciudadano-Estado, ésta puede incluso estar regulada por el derecho privado. La doctrina administrativa ha transitado mucho

para buscar un punto de apoyo firme sin haberlo encontrado, lo que nos permite afirmar que el ámbito de aplicación del derecho administrativo con su dotación de atribuciones exorbitantes, depende del modelo de Estado que una sociedad adopte en un determinado momento de su historia, o incluso, de un plan de gobierno determinado. Por ejemplo, en la década de los 90, la política neoliberal originó la aplicación del derecho privado en sectores del empleo público, en la contratación estatal, entre otras actividades. Estos actos de privatización fueron sustentados por la propia doctrina administrativa.

El derecho laboral, como lo señalamos, define su ámbito en una realidad material (la relación de trabajo), y se incardina en el Estado Social y

---

***“(...) los derechos laborales reconocidos al trabajador público tenían por finalidad la construcción de un cuerpo de burócratas regidos por el principio de la legalidad(...)”***

---

<sup>7</sup> Luis Ortega, Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público, Revista Española de Derecho Administrativo, N° 26, 1980.

<sup>8</sup> ibid.

Democrático. Constreñir su ámbito, deslaborar (no aplicar derecho del trabajo a una relación laboral), supone afectar, en mayor o menor grado, los valores, instituciones y derechos de primer orden que soportan a este modelo de Estado. En otros términos, aplicar derecho administrativo a las relaciones de trabajo del empleo público, es un acto de deslaboración, y también un acto autoritario, que afecta instituciones democráticas, libertades y derechos fundamentales.

Esta primera conclusión no debe ser interpretada en el sentido que el derecho administrativo no debe regular determinados aspectos del empleo público; por el contrario, éste derecho debe ser entendido como un instrumento de organización del empleo público, mientras que el derecho laboral y constitucional<sup>9</sup> tienen una naturaleza institucional para el sistema jurídico.

Veamos las facetas de este aspecto organizacional del derecho administrativo en el empleo público:

**Aspecto subjetivo.-** En su fase externa, de vinculación administración – ciudadanos, se regulan atribuciones jurídicas, poderes, derecho de prestar un servicio y responsabilidades a los funcionarios y trabajadores públicos. En la fase interna, para delegar o expresar el poder de subordinación (dirección, fiscalización y subordinación) a través del personal de dirección.

**Aspecto objetivo.-** Se establece una estructura de organización, como son las reglas de acceso al empleo público, la organización estructural de la carrera administrativa (grupos ocupacionales, niveles, instrumentos de gestión).

Este ámbito de organización debe distinguirse de la configuración y regulación del contenido de la relación de trabajo, así como de los derechos fundamentales del trabajador, en donde el derecho constitucional y laboral contribuyen a equilibrar y democratizar las relaciones entre el Estado y sus trabajadores.

Desde esta perspectiva, las normas administrativas y presupuestarias deben presumirse como organizativas y no como reguladoras de la relación laboral. Así, cuando en la fase interna una norma disponga una determinada actuación de la

administración, ella no debe interpretarse como reguladora de la relación sino como un mandato del Estado-empleador que se expresa a través de una norma de organización a su personal de dirección que lo representa, salvo que la norma expresamente disponga lo contrario.

La norma de organización (en su aspecto subjetivo) le confiere una atribución o un deber determinado al funcionario, cuyo quebrantamiento le origina responsabilidad administrativa, pero no modifica el contenido de la relación, no es fuente de derecho en el empleo público.

### **Las otras definiciones de la laboralización**

En la línea de lo explicado en el punto anterior, sobre el carácter especialmente<sup>10</sup> instrumental del derecho administrativo, la desintervención que «consiste en un cambio de posición del Estado en sus relaciones con el sistema económico, un giro del intervencionismo dominante durante los tres primeros cuartos del siglo XIX»<sup>11</sup>, presenta, a decir de Rivero Ortega cuatro procesos: privatización, liberalización, desregulación y desburocratización.

La laboralización se entiende con los siguientes significados:

En un sentido material, es la regulación de la relación laboral por el Derecho del Trabajo (sus principios e instituciones), que fue anteriormente desarrollada, y que supone también la concurrencia del Derecho Constitucional. Aunque la doctrina española denomina a ello laboralizar, en tanto corresponde a su propia realidad jurídica, en el Perú la regulación constitucional posiciona al derecho del trabajo como fuente reguladora, por ello, toda norma que no aplique este derecho es más bien deslaborizadora y por tanto, presenta problemas de constitucionalidad.

En un sentido formal, es la aplicación de textos normativos (con la carga de derechos de contenido económico que los componen) que regulan el régimen laboral en la actividad privada, al todo o parte del empleo público. En estricto, para nuestro sistema, el término laboralizar sólo debe entenderse con este significado.

Lo sustantivo para cumplir la cláusula contenida en el artículo 43° de la Constitución, y toda su parte

9 Conviene recordar los procesos de laboralización de los derechos constitucionales y de constitucionalización de los derechos laborales. En tanto estos procesos introducen dentro de las relaciones de trabajo, dentro del centro de trabajo, institucionalidad democrática, pluralismo jurídico y una reivindicación a la ciudadanía de los trabajadores.

10 Resalto «especialmente» porque todo el derecho es instrumental.

11 Ricardo Rivero Ortega, Introducción al Derecho Administrativo Económico, páginas 30 y 31, Ratio Legism Salamanca 1999.



dogmática, es aplicar derecho laboral en un sentido material. Nos parece que la regulación por distintos o iguales textos normativos (la laboralización en su sentido formal) que los aplicables en el sector privado es un tema de análisis importante, pero no medular, siempre que se respete el principio de igualdad ante la Ley.

## La modulación del derecho laboral en el empleo público

Hemos visto cómo la opción deslaborizante para aplicar derecho administrativo en el empleo público, presenta severos problemas con el modelo de Estado Social y Democrático por el que opta nuestra Constitución Política<sup>12</sup>, por lo que la teoría estatutaria, en la configuración como en la regulación del contenido de la relación de trabajo, debe descartarse.

No obstante ello, y definida la aplicación del derecho del trabajo en el empleo público, ¿qué sucede con el interés público que los defensores de la teoría estatutaria sustentan proteger?. Nuevamente Ortega<sup>13</sup> citando a Giannini «nos dice que «la heterogeneidad de los intereses públicos hace que éstos sean sustancialmente idénticos a los intereses privados», pero que de por sí no constituyen un concepto ontológico de «interés público». Este último obedece a una opción política que hace prevalecer en cada caso unos intereses sectoriales sobre otros. Por ello, es una tautología el pretender que tal elección se realiza en beneficio del «interés público», pues éste no existe previamente. Es decir, el llamado interés público no es sino el efecto de haber prevalecido en el tiempo un determinado interés sectorial».

Ortega nos dice bien que una sociedad está compuesta por un mosaico de intereses sectoriales, de mayor o menor ámbito, los cuales son ordenados por el derecho, empezando por la Constitución. Este proceso jurídico de ordenamiento o prelación de los intereses, tiene una valoración política previa. La distinción entre un estado democrático de uno autocrático, es que en el primero el tramado institucional está diseñado para que confluyan la mayor cantidad de intereses en el proceso de prelación, mientras que en el segundo, sucede lo inverso.

Desde esta perspectiva, en el empleo público y en su relación de éste con la actuación de la administración pública, confluyen de manera directa e indirecta diversos intereses sectoriales; sin duda, el

interés de los trabajadores, pero también el interés de otros grupos de la sociedad que requieren la prestación continua y regular de los servicios públicos, el equilibrio de las cuentas públicas, el ejercicio imparcial de funciones públicas, entre otros.

Esta concurrencia de intereses, que eventualmente podrían entrar en conflicto, origina que la aplicación del derecho del trabajo en el empleo público deba considerar ciertas modulaciones que permitan componer razonablemente dichos intereses. Los actos que modulen dichos intereses deben respetar los contenidos esenciales de los derechos fundamentales e instituciones jurídicas del derecho del trabajo. Veamos algunas situaciones concretas:

## En la configuración de la relación de trabajo

Desde una perspectiva integral, los contratos de trabajo en el empleo público son el resultado de cruzar aspectos orgánicos y de organización, destinados a determinar (crear) un puesto de trabajo ubicado en una estructura de la administración con un conjunto de atribuciones jurídicas o no, que en el caso peruano se registran en el instrumento de gestión denominado «Cuadro para la Asignación de Personal» (CAP), y aspectos presupuestarios, vale decir la dotación presupuestaria específica del puesto, que se registra en nuestro sistema en el instrumento de gestión denominado «Presupuesto Analítico de Personal» (PAP). La conjunción de un puesto de trabajo y la dotación presupuestaria específica se denomina plaza.

En todo sistema de empleo público, la oferta de empleo público sólo se puede realizar con una plaza existente, y nuestro sistema en apariencia no es la excepción, en tanto, las sucesivas normas del presupuesto público establecen que sólo se puede contratar trabajadores previa existencia de dicho requisito. «El empresario público se encuentra sujeto al principio de legalidad presupuestaria, al amparo del cual no podrán proveerse plazas de empleados públicos que no estén dotadas presupuestariamente. Se trata del primer condicionamiento del proceso que inicia el largo recorrido para la contratación»<sup>14</sup>; ello tiene por finalidad determinar, a través de procedimientos técnicos, las necesidades objetivas de personal, y conciliar ello, con el presupuesto existente. A lo largo de nuestra historia ha sido común apreciar como dichos procedimientos han sido burlados para abrir espacios al clientelaje que finalmente, como se verá en líneas abajo, han sido consolidados por fallos jurisdiccionales.

12 Artículo 43º de la Constitución Política del Perú.

13 Luis Ortega. Los derechos sindicales de los funcionarios públicos. Op.cit. p.20.

14 María Luisa Molero Marañón, Acceso y Clasificación Profesional en las Administraciones Públicas, p. 28. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

En este contexto, se produce la problemática de determinar si el incumplimiento de estos requisitos legales de índole administrativo-presupuestario impide la configuración de una relación de trabajo, o si por el contrario, el principio de primacía de la realidad puede sobreponerse a éstos. Nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto aplicando el principio de primacía de la realidad ante casos de trabajadores contratados por contratos de locación de servicios («contratos de servicios no personales»), declarándolos trabajadores públicos, aunque no existan plazas vacantes ni se haya cumplido con un procedimiento de concurso público. Considero que conviene preguntarse si esta tutela del interés del trabajador no admite otras soluciones en tanto los principios de igualdad ante la ley (concurso público), y mérito (suficiencia comprobada para desempeñar el cargo público que garantiza a los ciudadanos el profesionalismo en el servicio) se ven vulnerados con dichas sentencias; nos parece que en este caso se produce el sometimiento de otros intereses generales al interés laboral, aplicando un principio jurídico contra ley. ¿Qué soluciones de equilibrio plantear?. Una, más aproximada al derecho administrativo, es declarar la nulidad del contrato de trabajo pero reconociendo, en la devolución de prestaciones, la naturaleza laboral de lo prestado, y una segunda, más cercana al derecho laboral, es reconocer la existencia del contrato de trabajo y el derecho del trabajador a permanecer en el empleo público hasta que dicho puesto se someta a concurso público, o en un análisis de gestión sobre los reales puestos de trabajo requeridos en la institución se concluya objetivamente que el mismo no es requerido para la prestación del servicio.

**La duración de la relación de trabajo.-** En el empleo público, la contratación temporal suele presuponer una disminución de los requisitos de acceso, cuando no la contratación directa sin concurso público. En la experiencia española, dichos contratos fueron utilizados fraudulentamente para labores de naturaleza permanente. Esta situación originaría, desde la perspectiva del derecho laboral, la aplicación de la presunción de indeterminabilidad.

No obstante de manera reiterada el Tribunal Supremo Español ha fallado que<sup>15</sup> «viabilizar un medio de acceso a los servicios correspondiente a puestos de trabajo a la función pública, con exclusión de las pruebas regladas por el derecho administrativo, significaría burlar su normativa específica, causando un grave daño a los intereses públicos y un evidente atentado a los derechos inherentes a cualquier ciudadano que pudiera aspirar a dichas plazas y estuviera en

condiciones de superar las oportunas pruebas de idoneidad, violando, por tanto, las reglas de acceso a la función pública, según mérito y capacidad y el principio de igualdad de oportunidades, reglas y principio consagrados en nuestra norma fundamental, la Constitución» agregando que «el contrato laboral ha de tenerse por tiempo limitado cuando su propia naturaleza lo imponga», como el caso en que «concurren las circunstancias precisas para concluir que el trabajo asume el quehacer para una función definida o por un tiempo determinado, ocupando una plaza hasta su adjudicación a quienes superen las correspondientes pruebas» y concluyendo que «la actuación administrativa que comporte una determinada infracción generará las pertinentes responsabilidades administrativas, y en ningún caso la alteración de la naturaleza temporal del contrato, transformándolo a tiempo indefinido.»

Al igual que el Supremo, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto en idéntico sentido. Interesa resaltar la valoración de fondo sobre estos fallos porque nos parece un supuesto de perfecta modulación de los intereses generales concurrentes. De un lado, no se declara la nulidad del contrato (como preconizaría el derecho administrativo) sino que se reconoce la vigencia del vínculo laboral; y de otro lado, no se declara la indeterminación laboral (como correspondería por la presunción de indeterminabilidad) sino que se declara un derecho de permanencia hasta que (en uno de los supuestos) dicha plaza sea ocupada, previo concurso, por quien resultó ganador del mismo (garantizándose con ello la igualdad de oportunidades y el principio de mérito y capacidad).

**Los funcionarios públicos.-** Para nuestro sistema, funcionario público es sinónimo de funcionario de confianza política, vale decir aquellos cuya relación se fundamenta en su vinculación política con el gobierno de turno. Para este grupo, como se verá posteriormente, el origen discrecional de la relación tiene como efecto, también la discrecionalidad de quien designa para resolver el vínculo sin que rija el principio de igualdad de oportunidades y la estabilidad laboral. La exclusión del derecho a estabilidad laboral de los funcionarios públicos está basada en una dinámica democrática que permita al gobierno elegido dirigir la administración pública y cumplir el plan político ofrecido en la postulación. Todos los sistemas de empleo público regulan estas atribuciones de libre designación y remoción, sin embargo, la afección al principio de igualdad de oportunidades y al derecho a la estabilidad laboral impone una delimitación restrictiva del ámbito

15 Un ejemplo es la sentencia STS. del 03 de marzo de 1997.



calificado como de confianza política, y complementariamente, la discrecionalidad anotada no puede ser entendida como sinónimo de arbitrariedad.

Así, en la fase de designación, es claro que no rige el principio de igualdad ante la ley, ni el principio de igualdad de oportunidades. En un caso concreto de no discriminación por pensamiento o ideología, Beato<sup>16</sup> citando la sentencia 32/1985 del Tribunal Constitucional Español «si ninguna otra norma lo impide ... no hay discriminación ideológica en el hecho de que, al proveer cargos públicos de naturaleza política (...) se de preferencia a los correligionarios ...». Esta discrecionalidad en la designación tiene como límite la necesaria relación objetiva que debe existir entre las calificaciones requeridas para el puesto de confianza y las competencias de la persona que se designa para el desempeño del mismo. Igualmente el Tribunal Administrativo de la Organización de Estados Americanos-OEA, en el recurso interpuesto por Juan Bauta (trabajador de la OEA) contra el Secretario General de la OEA, por no haber convocado a concurso para ocupar un puesto de la referida organización, resolvió que «Como corolario de lo expresado anteriormente, cabe concluir que el nombramiento impugnado no afecta derecho alguno del recurrente, ya que el Secretario General posee la más amplia discreción respecto del nombramiento y de la remoción de los funcionarios que ocupan cargos de confianza.»

En la fase de extinción del vínculo, la ausencia de estabilidad laboral no puede suponer la afectación de otros derechos fundamentales. Nos parece aleccionadora la sentencia 2003-098/STC, de 2 de junio de 2003, en la que el Tribunal Constitucional Español a propósito de la remoción de una funcionaria de confianza embarazada (la señora Ana Isabel Guitart Huertas) que alegaba discriminación por sexo, resolvió declarando el derecho de esta funcionaria a no ser discriminada por sexo, aún cuando el Consejero de Presidencia de la Comunidad de Madrid tenía atribuciones de libre remoción.

Más expresiva es la sentencia de dicho tribunal 29/2000, de 31 de enero de 2000, la cual en uno de sus

considerandos dice lo siguiente: «Y más concretamente, en el ámbito de relaciones de los empleados públicos y la Administración, hemos afirmado también que, en los casos de puestos de libre designación en los que la facultad de cese juega como consecuencia de la de libre nombramiento, igualmente procede el examen de si aquélla se ejercita con el fin de limitar, impedir o coaccionar los derechos fundamentales. Para lo cual y por razón de la naturaleza de dicha relación de sujeción especial debe partirse de la presunción de legitimidad del ejercicio de la referida facultad en el plano de la legalidad ordinaria, con la correlativa exigencia de que el recurrente que alegue la vulneración de derechos fundamentales acredite el ya referido fondo o panorama del que surja la sospecha de lesión constitucional. Para los puestos de trabajo de libre designación, la correlativa libertad de cese es una libre facultad que, en el plano de la constitucionalidad, también queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales».

---

***“(...)Así, en la fase de la designación, es claro que no rige el principio de la igualdad ante la ley, ni el principio de la igualdad de oportunidades(...)”***

---

Estos son algunos de los supuestos de los que he llamado «modulación»; sin duda la práctica administrativa evidencia muchos más; sin embargo, creo que estos son suficientes para abrir y posicionar el debate. Indudablemente, se queda en el tintero la revisión del resto de principios laborales, el derecho a la negociación colectiva (derecho esencial en el derecho del trabajo y en la democracia), la regulación especial de los funcionarios públicos, entre otros.

## b) Los Sistemas de Empleo Público

### b.1) Sistema de Empleo Público Abierto (sistema de botín o patronage)

Un sistema abierto tiene las siguientes características:

- . Libre designación (o contratación)
- . Libre remoción (o despido)
- . No existen grupos de carrera con niveles para ascender, sino que la contratación se realiza para un puesto de trabajo determinado. Es grupo de carrera el conjunto de clases de cargo para los que se exigen determinados requisitos formativos o funcionales. Por ejemplo, nuestro sistema (el Decreto Legislativos N<sup>o</sup>

16 Manuel Beato Espejo, La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial: Garantías Jurídicas, Revista Española de Derecho Administrativo, N<sup>o</sup> 56, 1987.

276) distingue los siguientes grupos basados en criterios formativos: profesionales (aquellos que tienen un título profesional), técnicos y auxiliares. Dentro de cada grupo se establecen niveles jerárquicos, el servidor ingresa al empleo público a un grupo determinado (de acuerdo a sus calificaciones) en el primer nivel o nivel más bajo del grupo, para luego ir ascendiendo de manera progresiva. Por el contrario, en el sistema de empleo abierto, la estructura se basa en el puesto de trabajo implicando que se pueda salir y entrar del empleo público libremente y en cualquier puesto, siempre que se cumpla con los requisitos para ocuparlo, o que dentro del empleo público el contrato pueda novarse para ocupar cualquier otro puesto de la organización.

El modelo de empleo público abierto nació en el siglo XIX en los Estados Unidos, y tiene sustento en la concepción de la función pública y del funcionario predominante en aquel país. El funcionario lejos de encarnar al Estado, se considera un fiduciario público (trustee), que debe ser sensible a las demandas de la ciudadanía y responder ante ella (por medio de las asambleas representativas). De ahí que exista una fuerte prevención frente a la consolidación de una clase funcionarial, separada de la sociedad. La idea de la función pública vitalicia es extraña a la mentalidad norteamericana. Por tanto, cuando el funcionario deja o pierde el cargo que ocupa, pierde también su condición de empleado público. (...) De la misma manera que es frecuente que una persona trabaje sucesivamente para la Administración y para la empresa privada a lo largo de su vida profesional».<sup>17</sup>

Como se aprecia, en la lógica de pueblo estadounidense el sistema de empleo público abierto tenía un fundamento democrático, de tal forma que, al cambio de gobierno, éste podía contratar y despedir libremente al íntegro de la plantilla pública. Como señala Sorau, el patronage cumplió seis funciones tendientes al desarrollo del sistema político de partidos: 1. Mantener una organización partidista activa. 2. Promover la cohesión interna de los partidos. 3. Atraer votantes y colaboradores. 4. Financiar el partido y sus candidatos. 5. Promover decisiones y políticas favorables. 6. Crear una disciplina interna en la realización del programa político.<sup>18</sup>

Este sistema inicia su crisis con la revolución industrial, la política imperialista, el desarrollo de las grandes urbes y las necesidades sanitarias, de vivienda, regulación y fiscalización del trabajo, entre otras, que hicieron más complejos los puestos, surgiendo la

necesidad de contar con una administración sustentada en el mérito y la capacidad de sus trabajadores; lo que difícilmente se conseguía con el sistema abierto. A finales del siglo XIX, Estados Unidos inicia un proceso de reforma que vira hacia un sistema de empleo público cerrado, pero cuya tradición inicial teñirá de matices al nuevo modelo distinguiéndolo de los europeos continentales.

## **b.2) Sistema de empleo público cerrado**

Este sistema, creado en la Francia Napoleónica, se caracteriza por lo siguiente:

. Ingreso por mérito y capacidad, que se instrumentaliza mediante el concurso público.

. Estructura jerarquizada, conformada por grupos ocupacionales en los que asciende el trabajador.

. Estabilidad laboral absoluta.

. Teoría estatutaria fundada en una lógica militar del servicio civil.

Sánchez Morón explica la filosofía de este sistema diciendo que «al servicio de la Administración centralizada y jerarquizada que el Imperio de Napoleón I consolida, se acierta a crear un ejército de funcionarios identificados con el Estado. El funcionario se considera no como un simple empleado, sino como un defensor del interés general, impregnado de una mística de servicio. En consecuencia, el funcionario debe reunir la capacidad y el mérito necesarios para desempeñar eficazmente sus responsabilidades, debe ejercer sus funciones con carácter vitalicio, debe tener un estatuto especial que garantice su autoridad, independencia y el prestigio del Estado al que encarna. Este exige del funcionario lealtad, dedicación y disciplina, como si formara parte de un «orden civil» instituido a imagen del clero o la milicia, según el expreso deseo del Emperador.»<sup>19</sup>

Francia influyó en los países de Europa Continental, los que durante el siglo XIX y comienzos del siglo XX adoptaron este sistema; igualmente dicho proceso se produjo en los países latinoamericanos que adoptaron este sistema.

Las características descritas de los sistemas de empleo público abierto y cerrado vienen presentando un dinámica de mutua influencia entre ellos, de tal forma

17 Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, Segunda Edición, p.p. 33 y 34. Editorial Tecnos. 1997.

18 Juan de la Cruz Ferrer, *La Función Pública Superior en los Estados Unidos*. Instituto Nacional de Administración Pública, 1984.

19 Miguel Sánchez Morón, *Derecho de la Función Pública*, pag. 28. Editorial Tecnos, segunda edición. 1997.



que en la realidad se presentan matices que acercan a los sistemas a uno y otro modelo de acuerdo a su tradición jurídica, pero también a las necesidades de cada sociedad.

La expresión instrumental de los sistemas de empleo público cerrado es la carrera administrativa, la que pasamos a definir.

## Definición de Carrera Administrativa

Dentro del empleo público se ubica la carrera administrativa, institución que surgió de las canteras del derecho administrativo, con una doble finalidad: separar las decisiones de gobierno (el ámbito puramente político) de las decisiones técnicas, y garantizar a los ciudadanos que dichas decisiones técnicas sean adoptadas por trabajadores calificados. Para la delimitación del ámbito técnico y político surge el principio de no injerencia política, mientras que para la garantía del profesionalismo, el principio de mérito y capacidad.

La carrera administrativa es pues una institución del empleo público pero principalmente una institución que caracteriza a todo estado democrático, en tanto garantiza el balance de poderes entre los que gobiernan y los que deben decidir sobre la aplicación de la Ley y aspectos principalmente técnicos. Me atrevería a decir, en una suerte de primera conclusión, que allí donde no exista carrera administrativa o se vulnere el contenido mínimo de sus elementos esenciales estaremos ante un Estado con rasgos totalitarios.

La carrera administrativa tiene como contenido esencial los siguientes tres elementos: reglas de acceso basadas en los principios de mérito y capacidad, una estructura estratificada que genera el derecho a ascenso, y estabilidad laboral absoluta (derecho a reposición en caso de despido arbitrario).

Este contenido esencial se explica por la doble finalidad de la carrera administrativa. No es posible garantizar la neutralidad política<sup>20</sup> del cuerpo técnico de burócratas sin eliminar la posibilidad de elegir trabajadores con discrecionalidad; de allí que el concurso público sea el medio idóneo para restringir la injerencia política y el clientelaje. De otro lado, la regulación del acceso al empleo público (mediante el concurso público) requiere en la otra cara de la moneda, eliminar la discrecionalidad en la salida del empleo

(proscribir los actos de despido arbitrarios) y ello sólo es posible con la estabilidad laboral absoluta. La estabilidad laboral relativa (derecho a indemnización por despido injustificado) no resulta un freno idóneo para la arbitrariedad estatal por dos razones: El monto de las indemnizaciones es muy pequeño para la envergadura económica estatal y quienes toman las decisiones de despido suelen privilegiar consideraciones políticas sobre las presupuestarias, en tanto es dinero público y no propio.

El tercer elemento, la estructura jerarquizada con derecho a ascenso, apunta a garantizar la finalidad de contar con un servicio civil calificado y eficiente (el principio de mérito y capacidad dentro del empleo público).

Lo explicado nos permite realizar las siguientes afirmaciones: No existe carrera administrativa cuando estén ausentes algunos de sus elementos esenciales y la ausencia de carrera administrativa supone la inexistencia de garantías contra la injerencia política y el profesionalismo del servicio civil.

## La Carrera Administrativa (organización) y las relaciones de trabajo (institución)

El contenido esencial de la carrera administrativa, como se aprecia, no tiene relación teórica alguna con mantener la posición dogmática de mantener al trabajador público en una relación laboral asimétrica con el Estado, por el contrario, son perfectamente compatibles con el derecho del trabajo; tema distinto es aplicar el régimen laboral privado infraconstitucional, vale decir, textos normativos que no necesariamente son aplicables con un empleador que presenta características singulares.

Así, en nada contradice al derecho laboral la existencia de concursos públicos, de jerarquías, del derecho ascenso, de la estabilidad laboral absoluta, si es que las libertades fundamentales y derechos colectivos del trabajo están garantizadas. Esta afirmación no supone necesariamente un modelo colectivo similar al regulado en el derecho laboral privado (la regulación normativa puede ser distinta si los principios e instituciones son respetadas). Es sobre esa base mínima de derechos laborales sobre los que debe descansar el empleo público y la propia carrera administrativa.

20 Neutralidad política en relación con las decisiones del gobernante no sustentadas en las normas.

## El ámbito subjetivo de la Carrera Administrativa (función pública y empleo público)

Si el empleo público es el conjunto mayor dentro del cual se ubica la carrera administrativa, surge inmediatamente la siguiente pregunta: ¿Qué sector del empleo público está incluido en la carrera administrativa?, o en otros términos ¿Qué trabajadores públicos deben estar en carrera administrativa?.

Los elementos para determinar el núcleo subjetivo mínimo de la carrera administrativa deben girar entorno a la doble finalidad de la misma y se traduce en la siguiente pregunta: ¿Qué trabajadores requieren especialmente tomar decisiones predominantemente técnicas, con objetividad?.

Santamaría Pastor, distingue en relaciones de empleo público orgánicas, en las que la actividad del trabajador se imputa como propia de la Administración, de las relaciones de servicio en las que la actividad permanece como propia del trabajador (pone Santamaría el caso de un profesor). No compartimos esta distinción, porque consideramos que en ambas la administración es la que asume la titularidad de la actividad o servicio, y se responsabiliza por ello. Sin embargo, nos interesa anotar la distinción entre la prestación de servicios públicos (en sentido estricto) de aquellas actividades en donde la actuación del trabajador público se advierte como en clara representación del Estado.

Ortega afina mejor el concepto señalando que hay funcionarios investidos con autoridad, los que son en número muchos menos que aquellos que no detentan tales atribuciones<sup>21</sup>. Estos son los que ejercen las atribuciones de poder en las relaciones de dominio del Estado, los que en palabras del Tribunal Constitucional Español deben decidir con imparcialidad y objetividad, a lo que debe agregarse, a aquellos que representan al Estado, siendo dicha representación relevante o potencialmente relevante para afectar la esfera jurídica de los particulares. A estas realidades confluyentes o no es a lo que denomina función pública.<sup>22</sup>

Las nociones de función pública y empleo público tienen un gran espacio de intersección, aquellos que integran el empleo público y ejercen función pública. Pero no todos los que ejercen función pública tienen una relación de trabajo con el Estado, así por ejemplo, los miembros de comisiones consultivas o directorios ejercen dichas funciones sin tener la condición de trabajadores. O muchos trabajadores, por

ejemplo alguien que presta un servicio público (un médico, un profesor, etc.) están ubicados dentro del empleo público pero no ejercen función pública. Consideramos que el núcleo mínimo de la carrera administrativa abarca a aquellos que 1) están en el empleo público, 2) ejercen función pública, 3) realiza labores predominantemente técnicas, que requieren actuaciones imparciales, desprovista de injerencias políticas.

Ahora bien, si revisamos nuestros antecedentes legislativos veremos que ni el legislador ni el juez han construido elementos materiales para establecer el ámbito de la carrera administrativa, por el contrario, el espacio de la carrera ha estado librado a la discrecionalidad legislativa. Prueba de ello es que, al lado de la carrera administrativa se han establecido grupos de trabajadores públicos sujetos al régimen laboral privado, conviviendo con otros sujetos al régimen laboral público, o en organismos públicos (principalmente organismos reguladores) en los que el íntegro del personal está bajo este régimen.

A la aplicación del régimen laboral privado se le denomina «laboralización». En el caso de los gobiernos locales la laboralización sólo se ha producido en la categoría de trabajadores obreros; sin embargo, no deja de llamar la atención el caso de la Superintendencia de Administración Tributaria – SAT, organismo creado por la propia Municipalidad de Lima y que ha laboralizado al íntegro de su personal. Tenemos entonces situaciones de laboralización por categoría de trabajadores y por institución, casi todas dispuestas por Ley, con la única excepción del SAT cuya laboralización es determinada por edicto. Para el caso de las empresas públicas se puede advertir que desde sus orígenes el Estado utilizó formas de derecho privado para regular a su personal, sin que se haya dado algún mínimo espacio para la carrera administrativa.

De lo descrito, tenemos claro que, no existen criterios materiales utilizados por el legislador peruano para definir el ámbito de la carrera administrativa (las exposiciones de motivos de dichas normas no contienen ningún fundamento sobre los actos de laboralización), podemos advertir que a partir de la década de los 90, el Estado inicia un proceso de laboralización significativo en la administración pública periférica (organismos públicos descentralizados), sobre todo en aquellos organismos reguladores surgidos a partir del retiro del Estado de diversas actividades económicas (desintervención y Estado Regulador); sin embargo, esta

21 Realidad que se hace más evidente cuando el tránsito del Estado Liberal al Estado Social origina que éste asume la prestación de servicios públicos, e incluso de actividad empresarial.

22 El término función pública presenta problemas en su definición, y es conceptualizado de distinta forma en el derecho penal, administrativo, etc.



tendencia se apoyó en una huida desordenada de los corsets que imponen las normas de carrera especialmente para la determinación de la remuneración, contratación y gestión de personal.

Ante esta carencia doctrinaria y legislativa conviene echarle una mirada al derecho comparado en donde por ejemplo el Tribunal Constitucional Español ha establecido que no pueden ser objeto de laboralización los puestos públicos en los que se requiere una actividad imparcial y objetiva; en sentido contrario, estos puestos deben estar bajo el ámbito de la carrera administrativa. En efecto, consideramos que el núcleo subjetivo mínimo de la carrera administrativa abarca a aquellos puestos de la administración pública en donde se requiere de actuación desprovista de toda injerencia política en tanto está en juego una actuación enmarcada dentro del principio de igualdad ante la Ley.

Pero ¿qué actividades tan importantes desde la perspectiva del servicio público son aquellas a cautelar de la injerencia política?. Como mencionamos líneas arriba, nos parece que son aquellas en las que la Administración Pública actúa en situación de dominio frente a los ciudadanos, ejerciendo su actividad de *ius imperium*, tales como las actividades de fiscalización, sanción, ejecución coactiva, entre otras similares. La inclusión de otros grupos de trabajadores es posible normativamente y ello depende del modelo que cada país adopte sobre el particular, en función de otras consideraciones.

Desde esta perspectiva podemos advertir que en el Perú existen grupos importantes de trabajadores públicos que ejercen actos de *ius imperium* sin estar dentro de un sistema de carrera administrativa, es decir no protegidos de la injerencia política indebida, así como, otros (muchos) trabajadores públicos que sin tener atribuciones de *ius imperium* están incluidos en carrera administrativa.

### c) Los funcionarios de confianza y trabajadores de dirección

**Funcionarios de confianza.-** El término confianza en el empleo público supone «confianza política», que puede ser originaria o derivada. La confianza es originaria si esta tiene su sustento en una elección popular mediante los mecanismos de representación

democrática. La confianza es derivada si la designación del funcionario proviene por decisión de algunos de los poderes constituidos, o de funcionario con atribuciones legales para designar, a efectos de conformar el grupo político que habrá de dirigir las políticas de gobierno por las que ha votado el pueblo.

La confianza política se traduce en atribuciones de alta representación del Estado, de conducción de organismos públicos y formación y desarrollo de políticas gubernamentales, nacionales, sectoriales, regionales o locales. Nótese que el término confianza en el empleo público tiene una connotación política, mientras que en el sector privado está relacionado con el grado de acceso del trabajador a información confidencial o reservada de la empresa por laborar en «contacto» con el empleador. Esta segunda acepción puede aplicarse al empleo público, pero no debe confundirse con la primera, y los efectos jurídicos que genera.

***“(...)no pueden ser  
objeto de  
laboralización  
los puestos públicos  
en lo que se  
requiere una  
actividad imparcial  
y objetiva(...)”***

En todo sistema democrático la designación y remoción de los funcionarios de confianza derivada es libre en tanto se entiende que la implementación de los planes de gobierno requiere de un grupo de funcionarios políticamente leales. Aunque se advierte una tendencia a exigir requisitos mínimos de cualificación (con lo que estamos de acuerdo), ello no debería suponer la imposición de procesos de selección ni mucho menos de concursos públicos porque, a

nuestro entender, afectaría severamente los sistemas de representación democrática.

**Trabajadores de Dirección.-** Este término supone la existencia de atribuciones para dirigir órganos y ejercer el poder de subordinación sobre los trabajadores públicos a su cargo, actuando en representación del Estado-empleador; sea porque se hace cumplir preceptos legales o porque se implementan las políticas dispuestas por el gobierno de turno. Si bien los términos confianza y dirección pueden tener espacios de intersección desde un punto de vista teórico, allí donde la labor directiva tenga una preeminencia técnica se deberá incluirse dicho puesto dentro de un sistema de empleo público cerrado.

El grupo directivo es el nexo entre el gobierno y la administración pública, de allí que las principales reformas ocurridas en las décadas de los 80 y 90 en los Estados Unidos, Brasil, Inglaterra, Nueva Zelanda, entre

otros, haya tenido como principal tema de atención la regulación de este grupo, planteándose la necesidad de encontrar un balance entre la protección por un sistema de carrera y la flexibilidad de sus reglas, en aspectos como el remunerativo, régimen disciplinario, traslados funcionales y geográficos, entre otros.

### 3) Comentarios legislativos.

#### 3.1) ¿Quiénes son o deben ser funcionarios de confianza o dirección en la Administración Pública, desde la perspectiva de nuestra Ley?.

En el caso de la Administración Pública Central, el artículo 50° del Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo, establece que son funcionarios de confianza desde el titular de la entidad hasta el cargo inmediato inferior al Director General. Traducido ello en los niveles remunerativos, el espacio de lo político llega hasta los cargos calificados como F-4.

Para los gobiernos regionales, la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, en su artículo 21° lista al gerente general regional y los gerentes regionales como funcionarios de confianza, para luego dejar abierta la posibilidad de calificar a otros como de confianza.

En el caso de los municipios, la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, establece expresamente que el alcalde, los regidores y el gerente general son funcionarios públicos; los dos primeros de confianza originaria, y el último de confianza derivada en tanto es designado por el alcalde. La norma no establece expresamente otros cargos considerados como de confianza, no obstante ello, de manera indirecta se hace referencia a la existencia de otros funcionarios de confianza cuando el numeral 17° del artículo 20° de la Ley N° 27972 establece que el alcalde tiene la atribución de «designar y cesar al gerente municipal y, a propuesta de éste, a los demás funcionarios de confianza».

¿Quiénes son esos otros funcionarios de confianza en los niveles regional y local?, ¿Existe una discrecionalidad absoluta para determinarlos?. La Leyes referidas no contienen respuestas ante esta situación, ni encontramos alguna norma que pueda interpretarse extensivamente o por analogía para obtener una respuesta. Entonces, consideramos que requiere aplicarse el principio de no injerencia política (del ámbito político en lo técnico) para darle contenido al término «otros funcionarios», además de aplicar supletoriamente la Ley Marco del Empleo Público, sobre lo que se define como funcionario público.

#### 3.2) La Ley Marco del Empleo Público y los funcionarios de confianza y dirección.

Nuestra respuesta dada en el párrafo anterior ha de variar cuando entre vigencia la Ley Marco a partir del 1° del enero de 2005. En efecto, la Ley Marco deja de lado el criterio de las jerarquías de los puestos en la determinación del espacio de los funcionarios públicos, para apuntar a una delimitación basada en definiciones. Lo explicamos de otro modo, la Ley Marco define por primera vez en nuestra legislación qué es un funcionario de confianza, y por tanto cuáles son los espacios en donde se debe desplegar lo predominantemente político sin que se vulnere el principio de no injerencia.

El artículo 4° de la Ley N° 27972 contiene la siguiente definición:

**Funcionario público.-** 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.

Con esta definición de funcionario público nos queda claro que los jefes de la mayoría de órganos de línea, apoyo y asesoría son considerados por la Ley Marco como servidores y no funcionarios públicos. En efecto, la Ley Marco ha creado el grupo ocupacional de los directivos superiores, quienes son aquellos que desarrollan funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno. La tendencia de la Ley Marco es la de reducir el espacio de los funcionarios públicos como efecto de abordar el tema con definiciones, lo que nos parece importante no sólo desde la perspectiva del mejor funcionamiento del servicio civil sino por la puesta en público de lo que debe de ser el espacio para el gobierno y su vinculación con los cuerpos administrativos, lo que contribuye a la construcción de la institucionalidad democrática. En un sistema como el vigente, sin definiciones del ámbito político y técnico dentro de la administración pública queda librada a la discrecionalidad del legislador, del ejecutivo o incluso del titular de la entidad esta determinación de significado trascendental para la actuación estatal, lo que nos parece una falencia grave de nuestro sistema.

Así, con la Ley Marco, el alcalde, los regidores y el gerente general serían los únicos funcionarios, el resto de personal tendrán la calidad de servidores



públicos. Esta regla general presenta las siguientes excepciones:

**Empleado de confianza.-** Es el que desempeña un cargo técnico o político y goza de la confianza directa del funcionario competente para designar. Son designados y removidos libremente, y no pueden exceder del 5% del personal de la entidad. Estos empleados son de confianza política y conforman el entorno de los funcionarios públicos desarrollando labores técnicas o políticas. Consideramos que las labores técnicas que pueden desempeñar estos empleados están vinculadas con aquellas en las que no hay ejercicio de *ius imperium*; en tanto aquellos que realizan función administrativa están calificados como servidores públicos.

**La cuota política en los Directivos Superiores.-** La Ley Marco regula que hasta un 5% de los directivos superiores sean de libre designación y remoción. La propia ley reconoce la posibilidad de que el espacio político pueda introducirse en la estructura técnica de la entidad limitándolo cuantitativamente. Si bien es cierto, desde la perspectiva del principio de no injerencia dicha disposición supone relativizarlo, considero que es necesario establecer elementos de enlace entre la burocracia y el gobierno que permitan su mejor gestión.

En efecto, la doble finalidad de la carrera administrativa (no injerencia política y profesionalismo) que la erige como una institución del empleo público y del sistema democrático, supone desde una perspectiva socio-política la creación de un nuevo poder, el de la burocracia. Este poder distinto al del gobierno es la finalidad, vista desde otra perspectiva, de la carrera administrativa; sin embargo, aunque resulte paradójico, la burocracia debe estar subordinada a las políticas de Estado y de gobierno que impone el poder político. La carrera administrativa (institución jurídica) y su producto social: la burocracia, son desde el punto de vista de la actividad estatal instrumentos para sus objetivos, y ello supone la existencia de relaciones de subordinación.

Mientras más rígida sea la regulación de la carrera administrativa, mayor será el poder de la burocracia, y en consecuencia, menor será el poder de subordinación que ejerza el gobierno; en otros términos, menor capacidad de gobierno tendrá el poder político. La finalidad de la carrera administrativa, su ubicación en el estado de derecho y su efecto en la estructura de

poder, nos obliga a abordar su regulación y gestión desde una perspectiva más amplia; por ello, la cuota política cumple, conjuntamente con otros elementos, tal finalidad de flexibilización.

## Las perspectivas sobre la reforma de la Ley Marco y sus normas de desarrollo

La reforma del empleo público en cualquier país del mundo requiere de la suma de factores políticos, económicos, sociales y técnicos que permitan hacerla viable. Parece, con mucha frecuencia, que muchos actores públicos y privados pierden tal perspectiva al sobre-relevar los intereses de los servidores públicos por encima del de los ciudadanos, cuando debe producirse una subordinación de todo interés distinto a esta finalidad esencial para el Estado y la sociedad. García Enterría, reflexionando sobre la administración pública española señala que « sí importa decir que tanto una como otra de estas dos excrecencias patológicas que son el prebendalismo y el parasitismo implican una grave ridificación o esclerosis de las estructuras administrativas, lo cual constituye un defecto central desde el punto de vista de la técnica organizacional. En efecto, la apropiación de sectores administrativos por Cuerpos especiales, en su consideración de prebendas o fuentes de renta, determinan inexorablemente que la organización se convierta en una suerte de patrimonio del Cuerpo, y que toda alteración de la misma, salvo aquellas que impliquen un aumento de las percepciones corporativas precisamente, sea considerada como una pérdida de intereses propios por el Cuerpo titular y, en consecuencia, obstaculizada e imposibilitada hasta el máximo.»<sup>23</sup>

La finalidad de la Administración Pública origina la atribución del Estado de organizar libremente el derecho del empleo público, dentro del marco constitucional. Existe entonces, en principio, una potestad de organización que puede ejercerse con libertad de formas y contenido.

En el Perú la precariedad de la estructura política y su proclividad al clientelaje con los grupos organizados de presión como es la burocracia, la ausencia de conocimientos técnico-jurídicos y de gestión pública, suman ante la existencia de cuerpos de servidores públicos relativamente organizados incapaces de sobreponer los intereses del grupo al interés general, sino por el contrario de obstaculizarlos. En este contexto, la profundidad de que las reformas

23 Eduardo García de Enterría. La administración pública española. Páginas 120-121. Alianza Editorial 1994.

queda limitada en extremo, al punto que considero las normas de desarrollo no contendrán los cambios suficientes para tener un sistema de empleo público realmente eficiente.

No obstante ello, resaltamos la entrada en vigencia de una nueva clasificación del servicio civil que pasa de un criterio formativo (profesionales, técnicos y auxiliares) a un criterio funcional (directores superiores, ejecutivos, especialistas y de apoyo). En la clasificación formativa la información de personal revelada permite el Estado-empleador conocer quiénes y cuántos empleados públicos tienen primaria, secundaria, estudios técnicos, profesionales, etc., lo que no es sustantivamente útil para la gestión de personal, cuando lo que se requiere conocer es quiénes y cuántos realizan actos de *ius imperium* (que modifican la situación jurídica de los ciudadanos) y prestan servicios públicos, dimensiones vinculadas con la finalidad del Estado en su relación con la sociedad. Debo precisar que esta nueva clasificación es omnicompreensiva en el sentido que abarca a todo el empleo público (los que ejercen actividad administrativa en un sentido amplio), con excepción de los efectivos de las Fuerzas Armadas y Policiales, lo que implica desaparecer la coexistencia actual de los dos regímenes laborales, público y privado, para pasar a un único régimen laboral en el Estado.

Por ello, la nueva clasificación, más allá de las denominaciones, identifica a los que realizan actos de gerencia (directivos superiores), en quienes recaen atribuciones de *ius imperium* (ejecutivos), los que prestan servicios públicos (especialistas), y los que apoyan la labor de los otros grupos (de apoyo). Esta nueva clasificación genera insospechadas posibilidades en la gestión, por ejemplo, se puede determinar objetivamente el ámbito de la carrera administrativa (si abarca a todos los grupos o solos a los ejecutivos), se puede determinar, o al menos discutir técnicamente, qué grupos pueden ser intermediados o tercerizados (nos parece que en ningún caso puede ser tercerizado o intermediado un puesto de trabajo que tiene atribuciones de *ius imperium*), se puede diferenciar objetivamente entre los grupos que tienen derecho a estabilidad laboral absoluta (reposición) y relativa (indemnización) partiendo de la premisa que todo grupo que esté en carrera deberá tener el primer tipo de estabilidad, entre otros temas estructurales.

Otro tema es el referido a la creación de un sistema de gestión del empleo público. Hoy, el caos existente consiste en un conjunto de entidades públicas, centrales, regionales y locales, que en materia de personal funcionan como una suerte de señoríos feudales interpretando las normas de empleo público

vigentes de acuerdo al interés del gobierno de turno, o de las presiones de las organizaciones de trabajadores. Es frecuente encontrar en cada ámbito interpretaciones insólitas, como por ejemplo, el caso de incorporaciones directas (sin concurso) de trabajadores, de su grupo ocupacional de origen a uno de un grupo ocupacional superior por el sólo hecho de que éstos acreditan haber realizados estudios superiores, o la emisión de normas de concursos públicos en las que las reglas ponen en asimetría absoluta al postulante que no labora en la entidad con el que viene prestando servicios, etc. Por ello, nos parece necesaria la configuración de un sistema de gestión como el creado por la Ley Marco, en el que el Consejo Superior del Empleo Público es el que tendrá funciones normativas, supervisoras, punitivas y estadísticas. Adicionalmente se crea el Tribunal del Empleo Público, el que será la máxima instancia cuasi-jurisdiccional en las controversias que surjan entre el Estado y sus trabajadores, pero sólo para las materias de acceso, salida y remuneraciones; aspectos neurálgicos para mantener un sistema coherente.

Finalmente, quiero referirme brevemente al tema de los derechos colectivos (libertad sindical, negociación colectiva y huelga) porque hubiera sido deseable su incorporación o reconocimiento expreso en la Ley Marco. La propuesta del Poder Ejecutivo los consideraba en el artículo IV de la Ley Marco al referirse a la vigencia de los principios laborales para el derecho individual y colectivo; sin embargo, el Poder Legislativo acordó un artículo modificado que no hace referencia al ámbito colectivo. Parece que el legislador no ha reflexionado sobre la historia del derecho sindical en el Sector Público; en efecto, ésta es una historia de prohibiciones y restricciones legales de los derechos colectivos que ha corrido en paralelo a las reales negociaciones colectivas dispersas y descoordinadas, y huelgas producidas en este ámbito.

En la década de los 80 la eclosión sindical no tuvo los cauces legales necesarios para «racionalizar el conflicto». En la década de los 90 el Estado eliminó o mejor dicho intentó eliminar a las organizaciones sindicales imponiendo las reglas y determinando unilateralmente el contenido de las relaciones, tapando el conflicto laboral en una olla de presión que empezó a desfogarse entrado el siglo XXI con la apertura democrática. Hoy el Estado, sin la convicción y constancia necesaria, viene reconociendo espacios para el movimiento sindical sobre una estructura jurídica obsoleta y represiva; estructura que no permite una negociación colectiva abierta por el temor que se tiene al desborde sindical. Sin embargo, dicho temor no encuentra una solución satisfactoria en la negación de los derechos colectivos (como la historia del derecho



laboral lo demuestra); por el contrario, la solución ordenada (desde la perspectiva de Estado-empleador) de los conflictos, como lo es en los países desarrollados de Europa Continental, requieren necesariamente del establecimiento de negociaciones colectivas desarrolladas, en períodos predecibles, armonizados con el procedimiento de aprobación de la Ley de Presupuesto, centralizadas para coordinarlas con un Sistema Único de Remuneraciones en la que participen concurrentemente de manera plural las organizaciones sindicales representativas (confederaciones), lo que

permitiría determinar de manera global el costo total de las demandas laborales, además de coordinar los pliegos de reclamos, de tal forma que unos grupos no sean discriminados frente a los otros.

Finalmente, no debe perderse en cuenta la globalización, los procesos de integración económica, política y social, el desarrollo de la tecnología y las comunicaciones, como factores que presentan nuevos retos a la administración pública, y que deben ser materia de reflexión. 