

Contratación de servidores de confianza bajo el régimen de contrato administrativo de servicios

Autor: Manuel Elías Ávila Mendoza¹

Publicado: 27/05/2021

Introducción

En las últimas décadas, las entidades de la administración pública buscaron cubrir su necesidad de personal, para ello hicieron uso desmesurado de los contratos de locación de servicios (SNP) los cuales tiene una naturaleza civil, este acto generó una situación de vulneración de los derechos fundamentales de las personas contratadas bajo esta modalidad. Por citar unos ejemplos, las personas contratadas bajo esta modalidad carecían de derechos fundamentales, como derecho a vacaciones, CTS, seguridad social, protección contra el despido arbitrario, entre otros. No obstante, este grupo de servidores era la mayoría.

Con este panorama, en el año 2008 y en el marco de Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo facultades para legislar sobre diversas materias. De esta forma se promulgan, entre otros, los siguientes Decretos Legislativos:

- Decreto legislativo N° 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR,
- Decreto Legislativo N° 1024, que crea el Cuerpo de Gerentes Públicos,
- Decreto Legislativo N° 1025, que aprueba normas de capacitación y evaluación de personal al servicio del Estado,
- Decreto Legislativo N° 1026, que establece un régimen especial facultativo para los gobiernos regionales y locales que desearán implementar procesos de modernización institucional integral.

Es precisamente en este contexto que se promulga el Decreto Legislativo N° 1057, que crea el Contrato Administrativo de Servicios - CAS, el cual buscaba ser un paliativo para los olvidados servicios no personales². Así, es posible afirmar que el citado contrato presenta tres etapas, que marcan su esencia:



Sobre el personal que constituye personal de confianza

El artículo 2 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante LSC) clasifica a los servidores de las entidades públicas en 4 grupos:

- ✓ Funcionarios públicos,
- ✓ Directivos públicos,
- ✓ Servidores civiles de carrera y,
- ✓ Servidores de actividades complementadas.

Además, prevé que pueden existir **servidores de confianza** en el grupo de directivos públicos servidores civiles de carrera, o servidores de actividades complementarias (es decir no conforman un grupo y se sujetan a las reglas que corresponda al puesto que ocupa); teniendo como característica natural **el ingreso sin concurso público de méritos** sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que quien lo designa (no obstante, deben cumplir con el perfil establecido para el puesto).

Ahora bien, el artículo 52 de la LSC precisa la clasificación de los funcionarios, al igual que la Ley Marco del Empleo Público, en aquellos de elección popular, directa y universal; designación o remoción regulada; y, los de libre designación y remoción. Cabe precisar que, para los funcionarios de elección popular, directa y universal, así como para aquellos de libre designación y remoción, el mencionado artículo elabora un listado taxativo de los puestos que llevan tal connotación.

CLASIFICACIÓN DE LOS SERVIDORES CIVILES



Sobre el personal de confianza en el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios.

Teniendo claro la definición sobre el personal de confianza, respecto del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios – CAS, es importante mencionar que esta figura surge como consecuencia de la promulgación de la Ley N° 29849, Ley de Eliminación progresiva del Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios 1057 y otorga derechos laborales.



Precisamente, de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley, la contratación directa de funcionarios,

empleados de confianza y personal directivo superior podrá efectuarse bajo los alcances del régimen especial CAS, sin la necesidad de que exista previamente un concurso público de méritos, pero teniendo en consideración que la plaza a ocuparse esté contenida necesariamente en el Cuadro para Asignación de Personal (CAP), CAP Provisional o Cuadro de Puestos de la Entidad (CPE); **respetándose el porcentaje máximo** que la Ley Marco del Empleo Público y la LSC establecen para dichas categorías.

Sobre el control de asistencia del personal de dirección o de confianza

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de la Constitución Política del Perú, los empleados de confianza, al igual que otros servidores públicos y funcionarios del Estado, se encuentran al servicio de la Nación, no obstante, están sujetos a determinadas particularidades en el ejercicio de su función pública. Así, el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos ha señalado que una de las particularidades de la vinculación de los empleados de confianza, es el hecho que aquellos no se encuentran sujetos a la jornada máxima legal, por lo que, están exentos de marcación de asistencia.



No obstante, el literal d) de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece que el pago de remuneraciones sólo corresponde como contraprestación por el trabajo efectivamente realizado, quedando prohibido, salvo disposición de Ley expresa en contrario o por aplicación de licencia con goce de haber de acuerdo con la normatividad vigente, el pago de remuneraciones por días no laborados. En consecuencia, la entidad puede establecer mecanismos para

validar el cumplimiento de las labores asignadas al empleado de confianza, entre otras, el registro o marcación de asistencia para aquellos servidores de confianza que considere pertinente.

Por lo tanto, en virtud del literal d) de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, (Disposición vigente, conforme lo establece la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1440) las entidades pueden establecer mecanismos para validar el cumplimiento de las labores asignadas a aquellos servidores o directivos respecto a los cuales- en principio- no existe obligación de llevar un registro de control de asistencia. Cabe resaltar que, de haberse establecido tales mecanismos, corresponderá a los servidores o directivos cumplir con los mismos.

Sobre la suscripción y registro de contrato del personal de confianza

La Primera Disposición Complementaria Final de Ley N° 29849 **exime únicamente** de la realización de concurso público para la contratación de funcionarios públicos, directivos y empleados de confianza en el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, no obstante, se debe observar los demás supuestos que contemplan las normas de dicho régimen.

Siendo ello así, el numeral 3.1 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1057, referido al procedimiento de contratación, ha establecido que una vez suscrito el contrato se debe ingresar en el registro de contratos administrativos de servicios de cada entidad y a la planilla electrónica regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR.

Por lo cual, las entidades deben materializar la contratación del personal directivo o de confianza, en virtud de la Ley N° 29849, a través de la suscripción del contrato administrativo de servicios respectivo, a efectos de cumplir con lo estipulado en las normas sobre la materia.

Sobre el derecho de sindicación en la Constitución Política

La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR ha tenido oportunidad de emitir opinión sobre los servidores excluidos del derecho de sindicación de acuerdo con la normativa vigente en el Informe Técnico N° 1807-2019-SERVIR/GPGS el cual, entre otros, señala:

“3.2 Por mandato constitucional y de acuerdo a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (funcionarios y empleados de confianza; y, directivos públicos), están excluidos del derecho de sindicación, por lo que no les resultarían aplicables los beneficios derivados de los convenios colectivos o su sucedáneo (laudo arbitral).

3.3 Los servidores de carrera que percibiendo beneficios económicos vía convenios colectivos o su sucedáneo (laudo arbitral), pasan a ocupar un cargo de dirección o de confianza mediante algunas de las modalidades de desplazamiento, deberán suspender la percepción de los referidos beneficios mientras dure la designación o encargatura; caso contrario, el servidor designado incurre en responsabilidad y es pasible de ser sancionado, previo procedimiento disciplinario; sin perjuicio de las otras responsabilidades (civil y penal) que se pudieran generar. Por tanto, la suspensión de dichos beneficios convencionales no significa que, terminada la duración del cargo asignado, el servidor pueda solicitar el reintegro de dichos beneficios, al ser ello incompatible con el fin que la disposición constitucional busca salvaguardar, conforme a lo indicado en el numeral 2.8 del presente informe.”

De igual forma, es oportuno mencionar que el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 008- 2005-PI/TC, en relación con los alcances de los derechos colectivos, ha interpretado respecto del artículo 42 de la Constitución Política que el personal que se encuentra excluido de los derechos de sindicación y huelga comprende, entre otros, a los miembros de la Administración Pública que desempeñan cargos de confianza o dirección.

Es importante señalar que los cargos de dirección o el desempeño de funciones de responsabilidad directiva a la que hace referencia el artículo 42 de la Constitución Política implica la realización de actividades que conlleven el ejercicio de poder de dirección, expresado en la capacidad y la obligación de dirigir un grupo humano, organizando, normando y supervisando el trabajo de sus integrantes.



Asimismo, los cargos de dirección implican ejercer la representación de la organización o ejercer la titularidad de una unidad orgánica determinada; y tener la capacidad de adoptar decisiones en el ámbito de su competencia. Por tanto, los beneficios derivados de convenios colectivos no les resultan aplicables a los funcionarios, empleados de confianza y directivos superiores (por **encargo o designación**), toda vez que estos no son titulares de los derechos de sindicación puesto que desempeñan cargos de confianza o de dirección.

Cabe precisar, que los servidores de carrera que percibiendo beneficios económicos vía convenios colectivos pasan a ocupar un cargo de dirección o de confianza mediante algunas de las modalidades de desplazamiento, **deberán suspender** la percepción de los referidos beneficios mientras dure la designación o encargatura.

Sobre la extinción del contrato del personal de confianza

Respecto a la pérdida de confianza como causa de extinción del vínculo laboral, citamos el literal f) del Fundamento 11) de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03501-2006-PA/TC que señala:

"La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho {artículo 103° de la Constitución}, salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley".

Consecuentemente, los cargos de confianza se caracterizan por su libre designación y remoción, ante lo cual la pérdida o retiro de la confianza genera la remoción (término de la designación) del empleado de confianza y, con ello, la extinción del vínculo laboral o contrato de trabajo con la entidad.

De este modo, en diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que el retiro de la confianza permite culminar la designación o extinguir válidamente el contrato de trabajo de quien ingresa a laborar en un puesto de dirección o de confianza, dado que el retiro de la confianza opera ante situaciones en las que el empleador considera que no es posible continuar asignando funciones o labores propias de un personal de confianza.

Por su parte la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, a través del Informe Técnico N° 1557-2016-SERVIR/GPGSC (disponible en www.gob.pe/servir) ha señalado lo siguiente:

3.4 El retiro de la confianza en el régimen especial CAS traerá como consecuencia la extinción del contrato o la finalización de la designación efectuada por resolución, decisión que no implica un despido arbitrario o de similares características." (énfasis nuestro)

Citas y bibliografía

- (1) Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego. Magister en Gerencia Pública por EUCIM Business School - España y egresado de la maestría en Gestión Pública por la Universidad San Martín de Porres.
- (2) Boyer Carrera, J. (2019). El Derecho de la Función Pública y el Servicio Civil. Nociones fundamentales Lima – Perú, Fondo Editorial, p. 46.