

NUEVA LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO Y LA PROBLEMÁTICA DE LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL ESTADO

ROBERTO JUAN SERVAT PEREIRA DE SOUSA

INTRODUCCIÓN

La Administración Pública como instrumento del Estado para buscar la mayor eficiencia de los servicios públicos y el bien común, requiere, además de su adecuada regulación orgánica y funcional, de los recursos humanos necesarios para lograr dichos fines.

En una sociedad en constante cambio, producto de presiones internas y externas en un contexto globalizado, exige al personal del empleo público adaptarse a las nuevas necesidades de la población, las cuales resultan cada vez más complejas, diversas y especializadas. Cualquier reforma que busque modernizar el Estado no puede dejar de tener en cuenta que ésta no tendrá éxito sino hacemos paralelamente una reforma del servicio civil de carrera pública o lo que en nuestro país se denomina carrera administrativa, más aún cuando la misma ha sido durante la década del noventa totalmente desarticulada, encontrándose en vías de desaparición.

Frente a ello, los modelos de función pública – ya sea el modelo abierto, cerrado o sus variantes – pasa por definir el sistema de acceso y posterior contratación del servidor público, razón por la cual ante la particular situación de desorden y complejidad en que se encuentra el empleo público peruano requiere de un tratamiento especial, a la luz de las líneas matrices consagradas en el Ley Marco del Empleo Público publicada el 19 de febrero de 2004.

Cabe señalar que si bien el Decreto Legislativo No. 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público del 24 de marzo de 1984, y su norma reglamentaria, Decreto Supremo No.005-90-PCM del 22 de enero de 1990 - ambos vigentes - nacen recogiendo la existencia de una carrera administrativa y un sistema único de remuneraciones, tenemos que reconocer que hoy en día carecemos de un verdadero sistema de servicio civil de carrera, y menos un adecuado, transparente, objetivo, imparcial y uniforme criterio de ingreso y contratación para prestar servicios en el sector público.

1. LA CARRERA PÚBLICA EN EL PERÚ

1.1. ANTECEDENTES DE SU REGULACIÓN

La función pública no ha tenido un desarrollo normativo estructural en nuestro país, toda vez que al inicio de la época republicana permanecieron inalterables las leyes españolas de la Colonia. En 1850, durante el Gobierno del Presidente Ramón Castilla, se dicta la Ley de Goces que reguló los derechos de jubilación y cesantía de los empleados públicos. Es recién en el año 1950 que se expide el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil y Pensiones¹; el cual buscó ordenar la legislación que se había dictado sobre la materia.

La Constitución Política del Estado de 1979, introduce por primera vez, la exigencia que sea una ley la que debe regular el ingreso y los derechos y deberes que

¹ Este Estatuto se da primero como Decreto Ley para que luego mediante Ley No.11490 se declare que eran leyes de la República todos los decretos leyes expedidos por la Junta Militar de Gobierno desde noviembre de 1948 hasta julio de 1950, quedando como Ley del Congreso (Ley No 11377).

corresponden a los servidores públicos². Esto generó la necesidad de promulgar una norma específica, que se concretó con la dación del Decreto Legislativo No. 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público - dictada por el Poder Ejecutivo en uso de la facultad que le delegó el Congreso de la República mediante Ley No.23724, conforme al artículo 186 de la Constitución de 1979.

1.2. LEY DE BASES DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA

El Decreto Legislativo No. 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público del 24 de marzo de 1984, y su norma reglamentaria, Decreto Supremo No.005-90-PCM del 22 de enero de 1990, nacen recogiendo la existencia de una carrera administrativa y un sistema único de remuneraciones previsto en la Constitución Política del Estado vigente³. Lo que busca esta regulación es unificar y darle permanencia a la carrera administrativa.

1.3. LA CARRERA PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

La Constitución vigente (1993), incluye en su capítulo IV “De la Función Pública” cuatro artículos sobre la materia. En este texto constitucional se ha suprimido el régimen remuneratorio único y homologado, sin embargo reitera la separación conceptual al incluir una disposición transitoria que da al mismo tiempo permanencia y transitoriedad a la existencia de estatutos independientes.

² Artículo 59 de la Constitución de 1979: “La ley regula el ingreso y los derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos (...)”

³Artículo 60 de la Constitución de 1979: “Un sistema único homologa las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado”

Se mantiene la técnica de derivar a una norma inferior – la ley – la regulación del ingreso a la carrera administrativa y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos⁴.

1.4. LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO: REFORMA DE LA CONTRATACIÓN DEL EMPLEADO PÚBLICO

1.4.1. ANTECEDENTES

El 16 de diciembre de 2001 se constituyó la Comisión Multisectorial de Alto Nivel encargada de estudiar y proponer un nuevo régimen de la carrera administrativa al Consejo de Ministros. Esta comisión conformada por representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y Ministerio de Economía y Finanzas se encontró como limitaciones materiales vinculadas con la ausencia de información que evidenciaban la inexistencia de un sistema orgánico de gestión del empleo público, además de una fragmentación de los cuerpos de servidores públicos.

Con la participación de especialistas en la materia, la Comisión llegó a la conclusión de que debía elaborar una norma marco del empleo público que inicie un proceso de reforma sostenido, que cree un sistema orgánico de gestión del empleo público.

Teniendo como base dicho estudio, con fecha 19 de febrero de 2004, se publicó la Ley No.28175, Ley Marco del Empleo Público, la cual regula los aspectos generales de la nueva carrera administrativa⁵.

⁴ Artículo 40 de la Constitución de 1993: “La ley regula el ingreso a la carrera pública y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos.(...)”

⁵ La Ley propone un marco general del empleo público que tiene una parte sustantiva, compuesta por las finalidades del sistema, principios rectores, la clasificación de los empleados públicos, los grupos

1.4.2. ASPECTOS GENERALES

La Ley Marco del Empleo Público es de aplicación a toda entidad en la que se ejerza función administrativa y a todo empleado público, especificándose que para el caso de los funcionarios públicos, empleados de confianza se aplicarán las reglas que sean compatibles con su naturaleza⁶.

En la parte sustantiva se hace una enumeración de los principales principios que rigen el empleo público, en la cual se encuentran comprendidos principios propios del Derecho Administrativo, reconociendo también que en la prestación de servicios del empleado público son de aplicación principios del Derecho Laboral.

Esta conjunción de principios laborales y administrativos que regulan el empleo público es novedoso en comparación con la normatividad vigente - Decreto Legislativo No.276 - que tiene una preponderancia de la normatividad administrativa. Como lo señala la Exposición de Motivos de la Ley Marco del Empleo Público, serán las normas de desarrollo las encargadas de traducir estas relaciones de equilibrio en derecho positivo, trazar el ámbito reservado exclusivamente para la regulación de la norma estatal, y por tanto, el ámbito para la regulación contractual y convencional.

ocupacionales, los mecanismos de acceso, los principales derechos, y las reglas básicas para la gestión del empleo público y el contenido mínimo de la carrera administrativa. En su parte orgánica se regula el Consejo Superior del Empleo Público y el Tribunal del Empleo Público.

⁶ La ley no se aplica a los trabajadores de las empresas en las que el Estado es accionista mayoritario, teniendo en cuenta la naturaleza de sus labores, ni están comprendidos los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. En el caso de los trabajadores sujetos a regímenes especiales si es de aplicación la ley, salvo en aspectos que tienen regulación legal específica.

El reconocimiento de principios de Derecho Laboral enmarcados dentro del resto de principios que rigen el empleo público, es una distinción teórica importante, dado que por un lado se reconoce la extensión del ámbito del Derecho Laboral a todo empleado público, lo que conlleva, entre otros aspectos, la vigencia de derechos colectivos, como son la sindicación, negociación colectiva y huelga, dentro de los límites constitucionales, o principios como el de primacía de la realidad; sin embargo su regulación y normas de promoción deberán adecuarse al interés general, como puede ser cautelar el principio de eficiencia, de legalidad, de mérito y capacidad, de participación ciudadana o de igualdad ante la Ley (Exposición de Motivos, 2002; pág.7)

Con respecto al régimen de contratación de personal, en la Administración Pública central peruana coexisten dos regímenes laborales de contratación: el público - Decreto Legislativo No.276 - y el privado - Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No.728 -, además de los regímenes especiales.

La Ley Marco del Empleo Público formula una clasificación común de los servidores públicos en cuatro grupos ocupacionales diferenciados, que son: los directivos superiores, ejecutivos, especialistas y de apoyo; clasificación que está basada en el rol que cumple cada grupo dentro del empleo público, dejando de lado la clásica clasificación de profesional, técnico y auxiliar que se basa en los atributos que debe tener el personal para acceder a cada uno de ellos.

Por otro lado la Ley Marco define qué es un funcionario público, con la finalidad que las normas de desarrollo regulen hasta que grado de la jerarquía organizacional de una entidad puede ser ocupada por funcionarios públicos. Esta evaluación consistirá en determinar los puestos que requieren de manera preeminente la adopción de decisiones técnicas (decisiones objetivas e imparciales) los cuales deberían de ser ocupadas por

servidores públicos (ingreso por concurso), mientras los puestos de preeminencia política estarían reservados al grupo funcionarial. Ello resulta de especial trascendencia para la creación de una Administración Pública profesional y técnica que preste servicios públicos continuos y regulares. (Exposición de Motivos de la Ley Marco del Empleo Público, 2002)

La clasificación del personal del empleo público recogida en el artículo 4 de la Ley Marco es la siguiente:

- a) **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. El funcionario público puede ser de elección popular directa y universal o confianza política originaria; de nombramiento y remoción regulados; o de libre nombramiento y remoción.
- b) **Empleado de confianza.-** El que desempeña cargo de confianza técnica o política, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad.
- c) **Directivo superior.-** El que desarrolla 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. A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional. Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior

puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente ley.

- d) Ejecutivo.-** El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ella al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.
- e) Especialista.-** El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.
- f) De apoyo.-** El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional.

Finalmente, recién podemos tener una visión completa de cómo será el servicio civil de carrera pública en nuestro país – y su forma de implementar - cuando se dicten la leyes de desarrollo.

2. CAUSAS DE LA CARENCIA DE UN SERVICIO CIVIL DE CARRERA PÚBLICA

El régimen de carrera administrativa única comenzó a desmontarse con mayor intensidad al inicio de los noventa. En nuestra opinión esto se produjo, principalmente, por causas económicas, legales y políticas que desarrollaremos brevemente a continuación.

2.1 CAUSAS ECONÓMICAS (PRESUPUESTALES)

Desde el punto de vista económico, las prohibiciones de contratar personal en el sector público dentro de la carrera administrativa - así como reajustar sus remuneraciones - impidió la contratación que obligara la creación de nuevas plazas, lo que provocó que en la práctica se realizaran contrataciones a través de contratos de asesoría o autónomos.

Mientras las Leyes Anuales del Presupuesto prohibían el nombramiento de personal - y cualquier incremento de las remuneraciones - los diferentes organismos y entidades del Estado se vieron obligados en la última década a contratar técnicos y profesionales especializados - u otros servidores - para suplir nuevos servicios o cubrir puestos vacantes, no teniendo otra opción que contratarlos al margen de la carrera administrativa, bajo diversas formas de contratación que desarrollaremos más adelante.

Cabe hacer mención que los efectos económicos perversos del régimen previsional del Decreto Ley No.20530 aplicable a jubilados del sector público, que contiene un sistema espejo entre las remuneraciones de los activos y los pensionistas (“cédula viva”) – que han sido limitados por el actual parlamento con apoyo decisivo del Poder Ejecutivo – fomentaba esta “informalidad” en la contratación pública.

2.2. CAUSAS LEGALES (RÉGIMEN LABORAL)

Al inicio de los noventa, términos económicos como flexibilidad y productividad - propios de una economía de mercado y un mundo globalizado - aunadas al “boom”

privatizador de las empresas públicas y a un duro cuestionamiento al rol del Estado como administrador eficiente, también tuvo su correlato en materia laboral a través de la denominada “*flexibilidad laboral*”⁷ con la dación en noviembre de 1991 del Decreto Legislativo No.728, Ley de Fomento del Empleo, que reguló la contratación en el régimen laboral privado⁸, proceso del cual no fueron ajenos los trabajadores del Estado.

En el sector público también se inició un proceso que algunos han denominado la “*laborización*” del empleo público; es decir, la utilización de formas de contratación del régimen laboral privado al público. En ese sentido, se acoge la regulación laboral privada para los trabajadores del sector público, lo cual operó primero con los trabajadores de las empresas del Estado y algunas entidades a las que se sujetó al régimen laboral privado (Neves, 1997). Esta tendencia de extender las normas laborales a los trabajadores públicos, especialmente en las empresas estatales, se ha manifestado

⁷ Se ha utilizado el término flexibilización del derecho laboral como sinónimo de adaptación positiva al mercado, sin embargo algunos autores han cuestionado que la flexibilización implique *per se* algo positivo. Según estudios comparativos de la Organización Internacional del Trabajo, la reforma laboral que se hizo en el Perú en la década del noventa que buscó la flexibilización de la contratación de personal fue la más agresiva de la región. (Organización Internacional del Trabajo, 2000)

La flexibilidad puede ser definida como la eliminación, disminución, aflojamiento o adaptación de la protección laboral clásica con la finalidad – real o presunta – de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de la empresa. Buscar ir contra la “rigidez” del desarrollo de las relaciones laborales. Algunos la definen como la lucha del principio protector del Derecho Laboral frente a la libre competencia económica. El Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo ha declarado que la flexibilidad en ningún caso debe afectar unos mínimos básicos que han sido definidos en torno los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como a las normas que protegen la vida y la salud de los trabajadores.

⁸ Esta norma recogió mecanismos de “flexibilización” en la contratación de trabajadores, tanto en el ingreso (ampliación de los períodos de prueba) como en los mecanismos de salida (contratos de trabajo sujetos a modalidad o a plazo fijo, ampliación de causales de ceses colectivos y el reconocimiento de la reparación económica como resarcimiento frente a un despido sin causa). Asimismo, se ampliaron los supuestos y números de jóvenes que podían participar a través de convenios de capacitación para el trabajo sin mediar relación laboral (prácticas pre profesionales, formación laboral juvenil y contratos de aprendizaje), y de contratación laboral indirecta o intermediación laboral (cooperativas y empresas de servicios).

Este proceso de “flexibilización laboral” buscaba fomentar las inversiones privadas, nacionales y extranjeras, que permitirían un crecimiento en los puestos de trabajo y niveles remunerativos. Según estudios de la propia Organización Internacional del Trabajo si bien en promedio en la década del noventa los indicadores macroeconómicos en la región mejoraron, la flexibilización en la contratación no provocó un aumento en los puestos de trabajo ni una mejora en los salarios reales, sino que se pudo verificar mayores tasas promedio de desempleo abierto, crecimiento de la informalidad y mayores desigualdades en la distribución de riquezas.

Hoy en día este Decreto Legislativo ha sufrido varias modificaciones que de una u otra forma han buscado reglamentar de manera más protectora la contratación laboral (recogido en el actual Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral), lo cual ha sido confirmado y ampliado en recientes fallos del Tribunal Constitucional.

también en los demás países de América Latina, siendo más resistida respecto de la administración pública central o lo que se denomina el “Estado *stricto sensu*” (Ermida, 1991)

En una segunda etapa, la creación, reorganización y reestructuración de algunas entidades públicas, permitió que no sea de aplicación para la contratación de su personal las normas propias del régimen laboral público sino del régimen laboral privado. En la actualidad esta variación se ha dado aún en instituciones que prestan servicios públicos esenciales y consustanciales al Estado, como son el Congreso de la República, Poder Judicial, algunos Ministerios y en entidades de reciente creación como es el Consejo Nacional de Descentralización.

Sobre el particular, *Neves Mujica* señala que la absoluta privatización de la regulación laboral en el sector público podría afectar la continuidad e idoneidad del servicio, a la que aspiraba la carrera administrativa, institución que a nuestro concepto no debería abandonarse, salvo en el caso de los funcionarios que ocupan cargos políticos o de confianza (Neves, 1997, pág. 48). Por consiguiente, lo que hemos experimentado en los últimos años es lo que algunos denominan una “laborización vertical” del personal, es decir, se han variado las reglas de contratación del personal del régimen público al privado no por grupos ocupacionales sino por instituciones.

Si bien este breve trabajo no pretende evaluar si el trabajo del empleado público debe regularse por normas administrativas (estatutarias) o laborales – hecho que requiere de un análisis extenso - coincidimos con *Palomar* al señalar que la decisión política de aplicar el régimen administrativo o el régimen laboral es finalmente una técnica de organización (Alonso Olea y Casas, 1996). Lo importante es la naturaleza jurídica del servicio público y la necesidad de contar con un servicio civil de carrera, para lo cual requerimos una regulación uniforme y coherente.

2.3. CAUSAS POLÍTICAS (ELECTORALES)

En nuestra opinión, tanto las medidas económicas como legales que hemos expuesto, tuvieron también un trasfondo político, toda vez que el gobierno de turno en la década del noventa, buscó difundir que estaba frente a un firme proceso de “reducción del aparato estatal” - incluido el número de trabajadores públicos y el costo de su contratación - lo cual tuvo inmediatos réditos electorales y de apoyo popular que colaboró con la reelección Presidencial en el año 1995.

Sin embargo, en los últimos años del régimen anterior y más aún con su caída en el año 2000, se pudo advertir que en realidad el número de trabajadores ni el gasto corriente por haberes se redujo, sino que éste se realizó al margen de la carrera administrativa y al sistema único de remuneraciones, incorporando cada vez más trabajadores del Estado en el régimen laboral privado y bajo sistemas de ingreso y contratación no previstas ni permitidas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa.

3. CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL SECTOR PÚBLICO

3.1. SITUACIÓN ACTUAL

La Comisión de estudio de la situación del personal de la Administración Pública Central creada por Decreto Supremo No.004-2001-TR (de la cual pude participar a nombre del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) luego de obtener la información de los diferentes pliegos presupuestales del gobierno central, y haciendo una expansión de los datos recogidos al universo de entidades, y sin considerar las fuerzas armadas, policiales y trabajadores de salud y educación⁹ concluyó que en el gobierno central se tenía que menos del 45,3% estaba bajo el régimen del Decreto Legislativo No. 276 (carrera administrativa), en tanto que el 40,2% había sido contratado bajo la modalidad de servicios no personales (contratos civiles), y la diferencia bajo el régimen laboral privado.

⁹ Las fuerzas armadas y policiales tienen un régimen especial de carrera pública, que a diferencia de los demás trabajadores del Estado, han podido mantener en líneas generales el desarrollo de una carrera administrativa.

Por consiguiente, lo que se había obtenido de este estudio es que **en forma gradual la contratación de personal que se hacía a través de la incorporación de personal a la carrera administrativa y que era la forma natural para trabajar dentro del sector público, empezó ha quedar en desuso**, siendo suplido por un sistema de contratación originalmente excepcional - para consultores o asesores - que por su naturaleza jurídica es contraria e incongruente con la idea de un servicio civil de carrera.

Así tenemos que los denominados **contratos por servicios no personales** constituyen desde su naturaleza jurídica contratos de “locación de servicios”, regulados por el Código Civil. Estos contratos responden a una naturaleza independiente en la prestación del servicio, esto quiere decir, que quien presta el servicio no mantiene una relación de subordinación con el contratante. En otras palabras, al no constituir un contrato de trabajo no genera los derechos ni la protección contra el despido propio de los trabajadores dependientes, no pudiendo ser parte del servicio civil de carrera.

Su indebida utilización - que constituye desde el punto de vista legal una simulación de un contrato de trabajo - se ha dado en todos los niveles de la Administración Pública, lo que ha generado en líneas generales que prime la arbitrariedad y subjetividad tanto en la forma de ingreso de dicho personal a la Administración Pública (que en la mayoría de casos no es por concurso público), y la aplicación de una política remunerativa no sujeta a escalas ni niveles en función al puesto de trabajo, además de altos costos por la gran movilidad del contratado y posibles contingencias judiciales¹⁰. En el supuesto de los trabajadores de la Administración Pública que tienen contratos de trabajo regulados por el régimen laboral privado, también se dan estas distorsiones en cuanto al ingreso, derechos y sistema retributivo.

¹⁰ Es importante señalar que existe una discordancia entre los hechos y la forma de contratación, lo que ha llevado que en innumerables fallos judiciales se haya aplicado el denominado “Principio de la Primacía de la Realidad”, propio del Derecho de Trabajo; de tal manera que, al verificar la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral (prestación personal de servicios, remuneración y subordinación), se declara que nos encontramos ante una relación laboral, obligando al Estado ha reconocer los derechos y beneficios sociales propio de los trabajadores dependientes.

En resumen, esta situación de desarticulación del servicio civil peruano ha provocado la coexistencia de tres regímenes de contratación de personal con derechos distintos entre ellos. Así tenemos a los trabajadores nombrados y contratados bajo el régimen laboral público (Decreto Legislativo No. 276), los contratados bajo el régimen laboral privado (Decreto Legislativo No. 728) y los contratados mediante servicios no personales. Por otro lado, los niveles remunerativos del sector público dependen de la modalidad de contratación del personal, no estando necesariamente en función al cargo o puesto ocupacional.

3.2. SISTEMAS DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA

3.2.1. MARCO CONCEPTUAL

Desde la aparición de una clase burocrática destinada a administrar los excedentes producidos, primero a favor de quien ostenta el poder, y en la modernidad, al servicio de la población (a través de mecanismos distintos de recaudación), se han formulado diversos sistemas de organizar la función pública.

La doctrina recoge principalmente dos modelos clásicos de función pública, el denominado modelo abierto o *spoils system* y el modelo cerrado¹¹ o de carrera

Este modelo recoge un servicio civil que se basa en la diferenciación de los diferentes puestos de trabajo de la Administración, lo que supone hacer un estudio detallado de cada uno de los puestos de trabajo con el objetivo de reclutar a la personas más idóneas (buscar

¹¹ El modelo abierto, denominado *spoils system* o sistema de botín, se estableció en Estados Unidos desde el inicio de la república. Este modelo no reconoce la existencia de una clase burocrática, es el gobierno de turno quien tiene las atribuciones de elegir libremente al personal de empleo público. Este sistema de patronaje tenía su fundamento, aunque hoy ello pueda no ser entendido así, en la propia noción del sistema democrático por el cual el gobierno de turno debe ocupar todos los empleos públicos a fin de poner en marcha el plan por el que el pueblo ha votado. Actualmente, Estados Unidos ha virado a un sistema de mérito en el que se pueden encontrar aún algunos rasgos del sistema abierto, específicamente en la regulación de la denominada función pública superior. Las razones de este cambio se debieron principalmente al impacto social que originaban los ceses masivos por el cambio de gobierno y a la sofisticación de los servicios públicos que requerían un cuerpo de servidores profesionales y permanentes. (Exposición de Motivos de la Ley Marco del Empleo Público, 2002)

la mejor persona para cada puesto), siendo la especialización un rasgo básico. Las incorporaciones provienen del exterior de la organización y que su vinculación se acaba al abandonar el puesto concreto¹² (Ramió y Salvador; pag.3)

El sistema de botín o *spoil system*, pudo ser funcional para organizaciones administrativas poco desarrolladas, con mínimas competencias y de un nivel de complejidad bajo, en la actualidad nos encontramos ante en un contexto radicalmente distinto (Gómez Rivas, 2003; pág.3)

En el caso peruano, ante la carencia y desprestigio de los partidos políticos tradicionales, que ha provocado que en cada proceso electoral aparezcan nuevos movimientos políticos o grupos independientes en la escena nacional, que en muchos casos apenas sobreviven al período presidencial, hace imposible pensar en un sistema abierto de función pública.

No obstante ello, la falta de regulación y la desarticulación de la carrera administrativa durante la última década ha permitido que muchas veces los cargos públicos se hayan considerado como botín para los gobernantes elegidos, actuando sus partidos o movimientos políticos como verdaderas agencias de empleos o colocaciones. Esto ha traído experiencias nefastas, pues la carencia de una estructura partidaria y de cuadros profesionales a su interior, ha llevado que en muchos casos se designe personal que no contaba con niveles mínimos de preparación para el cargo.

En cambio el denominado sistema cerrado o de carrera – de origen francés¹³ – lo que busca es que el ingreso del personal al empleo público se realice a través de concursos de

¹² Este sistema de servicio civil se sigue en los países nórdicos, y también en los Estados Unidos, aunque este último con un importante componente político.

El sistema de botín o *spoil system*, pudo ser funcional para organizaciones administrativas poco desarrolladas, con mínimas competencias y de un nivel de complejidad bajo, en la actualidad nos encontramos ante en un contexto radicalmente distinto (Gómez Rivas, 2003; pág.3)

¹³ “La idea de poner en pie instituciones estables, permanentes y duraderas, situadas al margen de las luchas políticas, por contraposición a las convulsiones del período revolucionario, es lo que sostiene esta concepción de la función pública que, por lo demás, enlaza con ideas y regulaciones ya presentes en el Antiguo Régimen y es perfectamente coherente con la nueva estratificación social y el predominio absoluto de la burguesía que surge de la Revolución” (Sánchez Morón, 1997; pag.34)

selección público, en el cual el mérito y la capacidad del postulante sea determinante para su incorporación a una determinada categoría.

Este modelo en atención al servicio civil de carrera considera que el empleado público va a estar vinculado de por vida a la Administración, donde prestará sus servicios en distintos puestos de trabajo (carrera profesional). Recoge la idea de la polivalencia de los servidores públicos en ocupar diferentes puestos. Esto conduce generalmente a la realización de procesos de selección de carácter colectivo, que dan acceso no a un puesto de trabajo sino a un cuerpo o a una categoría; que determina que se utilicen principalmente pruebas de selección a través de oposiciones y a través de pruebas selectivas de carácter genérico¹⁴ (Ramió y Salvador; pág.3)

Hoy en día esta división clásica entre modelo abierto y modelo cerrado no se da en forma pura, pues cada Administración Pública recoge variantes que se han adaptado a su necesidad, tradición y cultura política¹⁵. Mientras más amplia sea la discrecionalidad del gobierno de elegir cuadros y removerlos, más cercanos estaremos a un modelo abierto. En la actualidad, estos modelos no se presentan en un estado puro, cada país refleja matices propios de su tradición y realidad (Exposición de Motivos de la Ley Marco del Empleo Público, 2002, pág.4).

¹⁴ Ejemplo de este sistema se dan en los sistemas de función pública de Francia y España (basados en cuerpos) o el Reino Unido.

¹⁵ *Carles Ramió* hace un estudio muy detallado sobre las dificultades que tienen – especialmente los países latinos – en aplicar parámetros de la nueva gestión pública. En el caso de América Latina cuestiona que solamente observa como modelo de Estado el de los países anglosajones, recomendando que deberían ampliar sus referencias a Europa que hay distintos modelos de Estado. (Ramió, 2001; pag.85).

Cabe mencionar que el ingreso a la carrera administrativa está previsto en prácticamente todos los países a través de concurso u oposición. Es de oposición, cuando a través de determinadas pruebas se evalúa la capacidad y aptitud de los postulantes, las que tienen carácter eliminatorio y se ingresa por orden de prelación. En cambio es por concurso, cuando se basa en la calificación de los méritos del postulante y en la prelación en el proceso de selección.

La legislación comparada en forma mayoritaria excluye de este sistema a los funcionarios políticos o de confianza, en los que prima para su nombramiento o contratación un elemento subjetivo y discrecional. El ingreso debe producirse normalmente en el nivel más bajo del escalafón. Los ascensos y promociones deben responder también a concursos abiertos, especialmente regulados para buscar su eficacia y proteger la imparcialidad. Si queremos impedir el uso discrecional y abusivo de los fondos públicos y garantizar que los cargos sean ocupados en base a la idoneidad, las reglas del concurso tienen que ser claras y transparentes.

Conforme lo hemos manifestado en el presente trabajo, la necesidad de controlar en forma rigurosa la mayor objetividad posible en el ingreso a un puesto de trabajo en el Estado, constituye un clamor y presión popular toda vez los medios de comunicación han difundido conductas escandalosas de funcionarios públicos que contratan personal para sus entidades por el único mérito de ser familiar, amigo o miembro del partido político de la persona que toma la decisión.

3.2. REGULACIÓN DEL INGRESO Y CONTRATACIÓN EN LA LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO

En nuestro país, con la dación de la Ley No.11377 (1950) que reguló los derechos de los empleados públicos, estableció el concurso público como requisito para acceder a un cargo público.

Igualmente, la norma vigente en materia de servicio civil de carrera - Decreto Legislativo No.276 (1984) y su norma reglamentaria (1990) - establecen que la incorporación a la carrera administrativa se efectúa necesariamente por concurso. El concurso incluye la fase de convocatoria y la fase de selección, comprendiendo esta última la evaluación curricular, la prueba de aptitud y/o conocimiento, la entrevista personal, la publicación del cuadro de méritos y el nombramiento o contratación correspondiente. Este concurso únicamente puede llevarse en cada entidad dos (2) veces al año¹⁶.

En materia constitucional, se deriva a una norma inferior la regulación de la forma de ingreso a la carrera pública, precisando que no forman parte de ella los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza¹⁷.

Con la dación de la Ley Marco del Empleo Público se mantienen los criterios de ingresos a la carrera administrativa a través del concurso público.

En resumen, podemos destacar con respecto a la regulación que la Ley da al acceso a la carrera pública, lo siguiente:

A) RECONOCIMIENTO AL MÉRITO Y LA CAPACIDAD COMO PRINCIPIOS QUE RIGEN EL EMPLEO PÚBLICO

¹⁶ Esta limitación en el número de concursos que pueden llevarse al año ha sido un elemento que ha colaborado con la distorsión y el mal uso de los sistemas alternativos de ingreso y contratación. Decimos esto porque, atendiendo a que en nuestro país - en el gobierno central - el período promedio de permanencia en el cargo de un ministro en los últimos años es de ocho meses, esto ha provocado que en muchos casos al ingresar una nueva gestión ministerial en los últimos meses del año, se sienta imposibilitado de cubrir plazas o contratar personal por concurso porque su antecesor ya había agotado los dos concursos al año que permite la ley. Por otro lado, esta limitación impide o no incentiva agotar un concurso si lo que se requiere cubrir es un número mínimo de puestos, obligando a que se realice la convocatoria en un tiempo después cuando haya necesidad de cubrir más plazas, lo cual resulta desde el punto de vista de gestión de recursos humanos nefasto.

¹⁷ Artículo 40 de la Constitución Política del Estado (1993)

El numeral 7 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley, al definir el mismo señala que el “ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y ascensos en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública”.

B) LA FORMA DE ACCESO DEPENDERÁ DE LA CATEGORÍA DEL TRABAJADOR DE ACUERDO A LA NUEVA CLASIFICACIÓN LEGAL

La clasificación recogida en la Ley Marco resulta importante para determinar la forma de ingreso del personal a la carrera administrativa. Así tenemos que el artículo 4 de la Ley clasifica al persona en: a) Funcionario Público; b) Empleado de Confianza; y c) Servidor Público (que incluye al Directivo Superior, al Ejecutivo, al Especialista y al De apoyo).

En ese sentido, en el caso de los Funcionarios Públicos y los Empleados de Confianza no es de aplicación el ingreso por concurso público de méritos y capacidades, toda vez, que en el caso de los Funcionarios Públicos su ingreso es por elección popular o confianza política originaria, de nombramiento libre o regulado; y en los Empleados de Confianza, su ingreso es por designación libre.

Por el contrario, los Servidores Públicos acceden al empleo público “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” (artículo 5 de la Ley). En ese sentido, los artículos 6, 7 y 8 de la Ley regulan los requisitos para la convocatoria, requisitos para postular y procedimiento de selección, respectivamente¹⁸. Cabe

¹⁸ Si bien en la legislación comparada se recoge coincidentemente el requisito de concurso público de méritos para el ingreso, las graves irregularidades advertidas en la contratación de personal en el sector público peruano obligó a que el propio Presidente del Consejo de Ministros, doctor Carlos Ferrero Costa, en su presentación al Congreso el pasado 13 de enero de 2004 señalara con respecto a la Ley Marco del Empleo Público que: “Esta Ley permitirá la unificación del régimen jurídico básico de los servidores del Estado y, lo que es más importante, la selección del personal que ingresa a laborar para el Estado por estricto concurso de méritos (a excepción de los cargos de nivel de confianza), para evitar la “vara” y el favoritismo” (Discurso de presentación del Gabinete Ministerial al Congreso de la República, 2004).

mencionar que la inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide una relación válida, siendo nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga (artículo 9 de la Ley).

El principio del mérito y capacidad constituye una pieza clave para todo sistema cerrado pues evita la discrecionalidad en la contratación de empleados públicos. Esto permitirá lograr la profesionalización de los cuerpos técnicos y una garantía del estricto cumplimiento del principio de igualdad ante la Ley. Para convocar a concurso se requiere contar con plaza debidamente presupuestada.

Según lo recogido en la Exposición de Motivos de la Ley, previo al concurso público de ingresos resulta necesario determinar qué puestos requieren preeminentemente la adopción de decisiones técnicas – decisiones objetivas e imparciales – los cuales deben ser ocupados por servidores públicos por concurso. Esto es trascendental para la creación de Administración Pública profesional y técnica que preste servicios continuos y regulares.

Resulta positivo limitar con claridad los puestos de trabajo del ámbito de los funcionarios público de los servidores público. Como lo reconoce la referida Exposición de Motivos, la no definición de los puestos de trabajo de los servidores públicos - que son los que realizan o adoptan las decisiones técnicas - originan dos consecuencias nocivas para el sector público: “primero se incrementa el riesgo de que se adopten decisiones políticas en vez de técnicas; segundo, la alta rotación de los funcionarios públicos que ocupan puestos técnicos (debido a su libre remoción) quiebra la continuidad del servicio perjudicando a los usuarios y originando costos par la Administración Pública” (Exposición de Motivos de la Ley, 2002; pág. 9)

Con respecto a si las relaciones de trabajo, a la luz de la Ley Marco del Empleo Público, tienen una regulación estatutaria o laboral - lo que nos recuerda lo que algunos han denominado el enfrentamiento entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo - y

a sabiendas que falta su desarrollo a través de leyes especiales posteriores - se puede determinar que si bien hay por un lado un reconocimiento de la vigencia de los derechos constitucionales laborales y aquellos consagrados en convenios internacionales ratificados por el Perú, éstos no se dan en contraposición con el interés público, dejando materias para ser definidas por normas estatales de carácter indisponibles, como es la regulación de las categorías de empleador públicos, reglas de acceso y salida, régimen de incompatibilidades y responsabilidades, entre otros (Exposición de Motivos de la Ley, 2002).

Este enfrentamiento entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo se da especialmente por la vocación expansiva del primero que ha ido reclamando para sí la regulación del empleo público basándose en que materialmente nada diferencia la relación de un trabajador del sector privado con el sector público. (Hernández, 1998). Ratifica esta posición en que en los últimos años muchos de los derechos laborales han venido siendo reconocidos como derechos constitucionales, y en algunos casos como derechos humanos universales, lo cual hace imposible que su aplicación pueda ser obviada para los trabajadores del sector público.

En ese sentido, partiendo de la caracterización de los sistemas de servicio civil que recogen *Xavier Ballart y Carles Ramió*, atendiendo a su carácter abierto / cerrado y a su grado de politización / profesionalización (Ballart y Ramió, 2000), podemos señalar que nuestra normatividad busca lograr un servidor público con altos niveles de profesionalización y que acceda a los grupos ocupacionales – y no a un cuerpo de servidores – definido por sus funciones y responsabilidades, a través de un concurso público en base al mérito y las capacidades, buscando que el postulante esté apto para ocupar un perfil de puesto claramente determinado.

4. PROPUESTAS PARA CORREGIR EL DESORDEN EN LOS SISTEMAS DE CONTRATACIÓN DE PERSONAL DEL ESTADO

Frente a la desarticulación del servicio civil de carrera peruano, formulamos las siguientes propuestas para mejorar la situación actual del ingreso y contratación de personal en el sector público.

4.1. NECESIDAD DE UN ACUERDO NACIONAL SOBRE POLÍTICA DE EMPLEO PÚBLICO

4.1.1 ANTECEDENTES

El Acuerdo Nacional impulsado desde el gobierno tiene como antecedente directo las políticas de diálogo desarrolladas desde la instalación del Gobierno de Transición (noviembre de 2000 a julio de 2001), que tuvo como objetivo restablecer la democracia y el estado de derecho. Para ello era necesario cambiar el estilo de gobernar, es decir, reemplazar la arbitrariedad, el personalismo y la concentración de poder, por la legalidad, la institucionalidad, la descentralización, el diálogo y la concertación¹⁹.

El Acuerdo Nacional nace como una propuesta que reúne a los partidos políticos con representación en el Congreso, organizaciones de la sociedad civil con representación nacional y el Gobierno, con la finalidad de establecer Políticas de Estado sobre temas de interés nacional que permitan construir una sociedad basada en el diálogo y la justicia, que sirva para el proceso de consolidación de la afirmación de la identidad nacional y una visión compartida del país a futuro.

Con dicha finalidad se suscribió el 5 de marzo de 2002 el Compromiso de Diálogo²⁰, y a partir de la suscripción solemne en la Casa de Gobierno el 22 de julio de 2002, el Foro de Gobernabilidad pasó a llamarse Foro del Acuerdo Nacional.

¹⁹ Estos lineamientos motivaron la instalación de Mesas de Concertación de Lucha contra la Pobreza para debatir, principalmente sobre políticas generales en materia de Empleo, Educación, Salud y Trabajo.

²⁰ El Acuerdo Nacional quedó conformado por: Foro Central de Gobernabilidad, instancia principal de la mesa de diálogo; Foros Temáticos divididos en Foro de Equidad Social y Justicia Social, Foro de Competitividad, y Foro de Institucionalidad y Ética Pública; Foros Descentralizados (representación de las veinticuatro regiones del país); y Participación Ciudadana

Por consiguiente, teniendo un foro institucionalizado para el diálogo entre las organizaciones más representativas de la sociedad, y que está en pleno funcionamiento, este es el espacio natural para pactar cualquier política pública a largo plazo.

4.1.2. EL DIÁLOGO COMO MEDIO NECESARIO PARA LOGRAR LOS OBJETIVOS DEL ACUERDO NACIONAL

El diálogo que nace a raíz de la experiencia iniciada con el Acuerdo Nacional, consideramos que puede constituir una garantía de la estabilidad social en el país, que nos permitirá procesar pacíficamente las diferencias y conflictos, contribuyendo a la consolidación de la democracia.

El Acuerdo Nacional como foro de diálogo institucionalizado nos garantiza la participación de los diversos sectores representativos de la sociedad por encima de la coyuntura política y la voluntad de los sucesivos gobiernos.

Según palabras del Director General de la Organización Internacional del Trabajo, *Juan Somavía*, en América Latina se da una paradoja, “la recuperada democracia política, así como el reconocimiento de la importancia del diálogo entre los actores sociales y políticos no ha ido acompañada de un adecuado desarrollo de las instituciones representativas de éstos. Por el contrario, en varios países de la región se asiste al progresivo debilitamiento de los sindicatos, de los gremios empresariales e incluso de los partidos políticos” (Oficina Internacional del Trabajo, 1999; pág.20). Es decir, si bien la democracia es un sistema que nace de la voluntad popular y se sustenta en la participación de los ciudadanos en el gobierno, esto no puede darse sino contamos igualmente con actores fuertes, representativos e independientes (pasar de una democracia formal a una real).

Así tenemos que, cuando se decide a nivel gobierno iniciar un Acuerdo Nacional con los diversos sectores de la sociedad, uno de los principales problemas que afrontó esta nueva experiencia, es el cuestionamiento sobre la representatividad de los actores

sociales que participaron. En otras palabras, la falta de institucionalidad que afrontó nuestro país en la década pasada trajo consigo que también el desarrollo y actividades de las organizaciones políticas y sociales decayera, toda vez que cada vez habían menos espacios de diálogo para presentar sus demandas o soluciones ante las autoridades.

En ese sentido, independientemente a la crisis de representatividad que se ha dado en algunas de las organizaciones que forman parte del Acuerdo Nacional, somos de opinión que solamente en este contexto de diálogo institucionalizado es que nos permitirá legitimar cada vez más dicha representatividad, y poco a poco hará participar en ella a otros estamentos importantes de la sociedad ahora excluidos.

Dada la complejidad de la problemática de la carrera pública en general – y del ingreso y contratación de personal en particular - necesitamos abrir el tema a un debate nacional, entre los sectores políticos, sociales y laborales más representativos, que nos permita primero tener conocimiento y difusión del problema, y segundo, considerar como necesidad nacional el estudio de los mecanismos que nos permitan organizar y reformular el empleo público y la carrera administrativa. En otras palabras, cualquier proceso de cambio gradual, técnico y complejo como el propuesto, requiere de una decisión política firme y consensuada de todos los sectores involucrados, que vaya más allá de un quinquenio del gobierno de turno.

Bajo este orden de ideas cabe precisar que, dentro de uno de los cuatro ejes temáticos del Acuerdo Nacional, relativo a la necesidad de contar con un Estado Eficiente, Transparente y Descentralizado, los participantes adelantaron un compromiso sobre la necesidad de evaluar la actual situación de Administración Pública. En ese sentido, se comprometieron a “mejorar la capacidad de gestión del Estado, mediante la modernización de la administración pública, la capacitación de los servidores estatales y la revalorización de la carrera pública” (Acuerdo Nacional, página web)

Al respecto somos de opinión que, si bien se ha obtenido un primer consenso entre las diferentes fuerzas políticas al Congreso para aprobar la Ley Marco del Empleo Público,

esto es insuficiente. El consenso debe ser más amplio y dentro del ámbito del Acuerdo Nacional, entre otras, por las siguientes razones:

- a. Por la trascendencia e importancia de la reforma de la carrera administrativa, resulta conveniente legitimar con otros actores sociales la decisión del cambio. En el Acuerdo Nacional, a diferencia del Congreso, están representadas otras organizaciones y colectivos de la sociedad civil, que son elementos fundamentales para el proceso de reforma. Esto asume mayor importancia cuando en nuestro país hay una grave crisis de representatividad y de aprobación del rol actual de los partidos políticos. Igualmente, por la naturaleza del foro, el debate del tema tendrá mayor difusión y conocimiento por parte de la sociedad, quien tiene que ser también partícipe del cambio.
- b. La Ley Marco del Empleo Público es genérica y la verdadera definición del desarrollo normativo de la carrera administrativa se dará al momento de elaborar y aprobar la ley o leyes de desarrollo. Por lo que, siendo el empleo público un sistema integral y coherente, es necesario que en el Acuerdo Nacional se aprueben criterio que limiten el tipo de servicios civil de carrera pública que tendrá nuestro país²¹. Así, tomando como base lo expresado en el presente trabajo, sería importante definir por ejemplo si se creará un régimen laboral similar al regulado actualmente para los trabajadores de actividad pública, o se mantendría la tendencia de los últimos años de elaborar un sistema más parecido al régimen laboral de la actividad privada. Igual definición necesita el sistema de remuneraciones que se aplicará.
- c. Tan valioso como definir qué tipo de servicio civil de carrera administrativa queremos tener, es precisar la forma como se aplicará el cambio. Somos conscientes que cualquier reforma se topará con carencias y limitaciones presupuestales que impedirán su inmediata aplicación. Por lo tanto, siendo esta reestructuración un proceso a largo plazo – que inclusive superará en nuestra

²¹ No dejamos de reconocer que la elaboración de la ley o las leyes que completen el sistema del empleo público en el Perú debe ser hecha por técnico y profesionales especializados en la materia, evitando la intervención política que pueda generar un desarrollo inorgánico o desestructurado; sin embargo, las líneas maestras que respondan a qué tipo de servicios civil de carrera pública y qué servidores públicos queremos tener, si es una definición que va más allá de lo técnico, y que encuadra en lo que constituye un Acuerdo Nacional, porque esto le da fortaleza y permanencia a cualquier proceso de cambio, especialmente si es a largo plazo.

opinión un período presidencial – resulta indispensable que se apruebe la agenda de aplicación gradual, la cual debe ser respetada y cumplida sin importar quien sea el gobernante.

Únicamente el consenso de los diferentes actores sociales nos permitirá evitar el fracaso de la reforma, e impedir que presiones electorales o demagógicas echen por tierra todo el esfuerzo realizado.

4. 2. NUEVO RÉGIMEN DE INGRESO Y CONTRATACIÓN DE PERSONAL

Una vez logrado un consenso nacional sobre las dimensiones de la problemática y la necesidad de solucionar el desorden, arbitrariedad e inequidad de derechos en el ingreso y la contratación del personal del Estado, es necesario que se busque redefinir el actual régimen.

Para lograr una reinstauración de un servicio civil de carrera resulta necesario lo siguiente: a) La existencia de mecanismos de ingreso y ascenso que se basen y garanticen los principios de igualdad, mérito y capacidad, los cuales sólo se pueden dar por el concurso público y la oposición; b) Elevar el profesionalismo del servidor público, para lo cual se exige un proceso de capacitación permanente y continua; y c) Adecuada seguridad en el empleo, que lo resguarde de la arbitrariedad y de los cambios políticos.

En ese sentido, esta redefinición de la carrera administrativa y del empleo público son esenciales dentro de un sistema democrático, porque marcan el límite entre las decisiones técnicas sustentadas en la ley y las decisiones de uno o más grupos políticos, y asimismo garantizan la prestación de servicios públicos continuos y regulares. (Exposición de motivos del proyecto de Ley Marco del Empleo Público, 2002)

Nuestra legislación, de manera uniforme, ha recogido el acceso del personal a la carrera administrativa a través del concurso público. En ese sentido, la subjetividad que hoy se

da en los pocos casos que estamos ante concursos públicos por el abuso de la denominada entrevista personal - prevista en el actual normativa - debe ser reemplazada por pruebas que midan los méritos y capacidad del trabajador para el puesto que postula.

Al respecto no debemos dejar de mencionar que si bien el sistema de méritos basado en el modelo weberiano de burocracia es el que se ha seguido en la mayoría de las democracias occidentales para proveer de plazas a sus respectivas administraciones esto se ha comprobado que desde hace algún tiempo no es el más adecuado para resolver los problemas actuales porque potencia valores y claves culturales de otros tiempos que no ayudan a introducir los cambios y las reformas que exige la Administración. (Rodríguez Fernández y otros, 1997)

En efecto, no es extraño que en los casos que se selecciona personal por concurso público a través de pruebas escritas que miden el conocimiento relativo al puesto a ocupar, favorezcan a personas que en muchos casos no están realmente capacitados para ese cargo o tienen dificultades de adaptación al medio de trabajo. Esto también ha sido destacado en la experiencia española al señalar, *Carlos Samaniego Villasante y Francisco Díaz Bretones* que, se ha desarrollado un sistema de selección basado, predominantemente, en el aprendizaje teórico y memorización de unos temarios que, la mayoría de las veces distan bastante de los verdaderos contenidos y situaciones profesionales a las que se enfrentará el futuro funcionario (Rodríguez Fernández y otros, 1995; pág.256)

En ese sentido somos de opinión que previo al concurso, debe establecerse con claridad cuál es el perfil o descripción del puesto del grupo ocupacional – en el caso de la Ley Marco del Empleo Público – al que se está postulando, el cual debe incluir las aptitudes personales y profesionales que debe tener el candidato. Esto nos permitiría tener un filtro – objetivo y transparente – para que puedan estar aptos para participar en el concurso.

Bajo el orden de ideas expuesto, nuestra Ley Marco en forma correcta recoge en su artículo 6 como requisitos, entre otros, para la convocatoria del proceso de selección, la identificación del puesto de trabajo así como la descripción de las competencias y méritos. En ese sentido, de acuerdo al sistema elegido en la referida Ley – conforme lo detalla el artículo 5 – al basarse el concurso público en un sistema de méritos y capacidades, estaríamos frente al modelo que se que conjuga tanto el concurso como la oposición , aunque ello debe ser reglamentado en las normas de desarrollo²² .

Con respecto a la forma de postular a la carrera administrativa coincidimos con la Ley Marco al regular la postulación en función al grupo ocupacional - como lo hace la legislación vigente - y no a un cuerpo o estatuto de empleados, que era la otra alternativa analizada en el debate del proyecto.

Esta opción legislativa - independiente de su bondades – resulta, en nuestra opinión, la única aplicable en el caso peruano pues, conforme hemos detallado en el presente trabajo, carecemos de un cuerpo profesional de servidores públicos y de una verdadera carrera administrativa, lo cual exigirá en un primer momento buscar, en mayor medida, personas ajenas a la entidad para que ocupen un cargo para el cual se encuentren preparados²³.

Además, la Ley Marco establece una mejora sustancial en la clasificación de los grupos ocupacionales, pues a diferencia de la norma actual, ésta no se hace de acuerdo al nivel académico o profesional sino por las funciones o responsabilidades, lo cual nos permitirá hacer una mejor elaboración del perfil de los puestos de trabajo.

²² Según *Carlos Samaniego Villasante y Francisco Díaz Bretones*, la tendencia actual parece inclinarse a mantener la oposición como sistema básico y el concurso-oposición como complementario. Los autores señalan que, aunque en general, les parece más recomendable el concurso-oposición, deben también considerarse las circunstancias que concurren en cada caso (Rodríguez Fernández y otros, 1995; pág.262)

²³ Es necesario tener presente que si bien en cifras porcentuales hay un número importante de trabajadores incorporados en la carrera administrativa, podemos advertir que los puestos gerenciales o de mayor decisión han venido siendo ocupados por personal ajena a la misma, y que son los que se han beneficiado en mejor medida con la escasa capacitación y formación que ha brindado el Estado.

Cabe señalar que cualquier adecuado sistemas de selección de personal, y el esfuerzo y dinero empleado para obtener ello, puede diluirse con el tiempo, sino invertimos en ese servidor público en su preparación y formación²⁴ constante, toda vez que el concurso y la oposición fue una medición de méritos y capacidades para un puesto de trabajo en un momento determinado – y atendiendo a ciertas exigencias de ese tiempo – que requiere de una valorización constante para estar apto a lo cambios que se dan en la función pública contemporánea²⁵.

Entendemos la formación como la mejor herramienta para conseguir el cambio y la modernización en la modernización de nuestra Administración, por lo que ésta debe intensificarse, en un primer momento, al nivel de los directivos, considerados éstos como verdaderos propulsores del cambio (Rodríguez Fernández y otros, 1995; pag.269).

Por ello, *Carlos Samaniego Villasante y Francisco Díaz Bretones* señalan en forma categórica que, con respecto a la carrera administrativa, a la selección y a la formación, que, no podremos realizar un desarrollo de carrera adecuada, sin una adecuada selección y sin una formación continua del trabajador (Rodríguez Fernández y otros, 1995; pag.274)

No podemos dejar de reconocer que restaurar los mecanismos de contratación previstos en la actual norma que regula la carrera pública, cuando representa menos del cincuenta por ciento del personal del Estado y teniendo en cuenta que las instituciones creadas o reorganizadas del sector público han recogido el sistema de contratación del régimen privado, no sería ni práctico ni razonable mantenerlo en idénticas condiciones.

²⁴ Uno de los factores que ha provocado la falta de capacitación y formación de los servidores públicos en nuestro país, fue la desactivación en 1991 del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y en 1995 de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP) (Guerra García, 1999; pág.102)

²⁵ En nuestro país tenemos un precedente nefasto dado por una norma que obligó a la evaluación semestral del personal del sector público, que sirvió como mecanismo de eludir la protección del trabajador frente al despido (estabilidad absoluta) a través de una evaluación subjetiva. En la gran mayoría de casos los trabajadores no recibían capacitación ni formación por la entidad – porque hay restricciones y prohibiciones de gastar en dichos rubros – pero igual eran evaluados cada seis meses. También debemos reconocer que esta norma de la evaluación semestral buscó corregir – de mala manera en nuestra opinión – el difícil y largo procedimiento disciplinario que exige la ley para despedir a un servidor público, trámite que en muchos casos superaba la propia extensión de la gestión del Ministro, lo cual resultaba contraproducente.

En ese sentido resulta conveniente proponer una reglamentación sobre la materia que busque compatibilizar un mecanismo de contratación menos rígido que el vigente, sin dejar de proteger la permanencia del servidor público - salvo en los casos de funcionarios públicos de la alta dirección y personal de confianza - garantizando asimismo garantías para su acceso y separación.

Esta legislación, a nuestro entender debería incluir, entre otras materias, las siguientes:

- a) Compatibilizar los actuales mecanismos de contratación de personal (régimen laboral público, régimen laboral privado y contratos por servicios no personales) con la nueva carrera administrativa, sin perder de vista el tema presupuestal (gasto público)²⁶;
- b) Precisar con suma claridad las líneas que separan los cargos políticos o de confianza (niveles) con los demás de la administración pública, y con ello determinar como es de aplicación la línea de carrera (promoción y ascensos);
- c. Proponer un sistema remunerativo que obedezca a un esquema que guarde relación con su nivel, categoría o grupo ocupacional, buscando reducir las diferencias alarmantes que hay entre los ingresos de la alta dirección y los demás servidores públicos (proporcionalidad);
- d. Evaluar si es compatible, y en qué casos, el régimen laboral de la actividad privada con el ejercicio de la función pública;
- e. Dar contenido normativo a los actuales contratos por servicios no personales y proponer su desaparición o conversión gradual en contratos de trabajo;
- f. Estudiar las escasas experiencias exitosas que ha habido en los últimos años en materia de nueva gestión pública y evaluar su aplicación a otras entidades²⁷; y

²⁶ Es evidente que la tarea más difícil de compatibilizar con una carrera administrativa es con los denominados contratos por servicios no personales, por su naturaleza jurídica y alto número de personas involucradas.

²⁷ Existen alguna islas de modernidad y eficiencias pérdidas en un mar de mediocridad, se han acumulado una serie de distorsiones y vicios administrativos, y se necesita urgentemente una racionalización y reestructuración de la administración pública (Guerra García, 1999; pag. XX). En nuestra opinión, una de las experiencias que debemos rescatar y evaluar es los convenios de gestión por resultados que han sido llevados en muchos casos en forma exitosa en las entidades del Estado que realizan actividad empresarial.

- g. Creación de un órgano o entidad encargada de la supervisión y control de la carrera pública, y que nos permita tener información estadística de los trabajadores que laboran en el sector público.

Esta nueva reglamentación de la carrera pública debe hacerse teniendo en cuenta la nueva configuración política del país dada a raíz de la descentralización iniciada con la elección, y posterior instalación, de los gobiernos regionales. Al respecto, la Ley Marco del Empleo Público – sin perjuicio de ser genérica y que requiere de regulación – no ha tomado en cuenta esta distribución política.

La descentralización de la Administración Pública debe conllevar un acercamiento a los ciudadanos, para lo cual debe promoverse sistemas de participación, y con ello disminuir las barreras entre éstos y quienes deciden. Asimismo, respetar las autonomías de las organizaciones sociales evitando la presión o infiltración política.

Con dicha finalidad, desde la experiencia del Acuerdo Nacional deben idearse en distintos niveles foros de participación directa de la población que permita a ella ser parte del cambio y la transformación del enfoque de la Administración Pública.

Consideramos que al fomentar la participación de la población organizada, permitirá que ésta no sólo tenga un medio idóneo para exigir la satisfacción de sus demandas, así como colaborar muchas veces en la solución de las mismas, sino que propiciará la fiscalización de las autoridades, buscando eficiencia en la gestión y evitando la corrupción. La democracia debe generar mecanismos de rendición de cuentas de los funcionarios públicos, tanto los elegidos como los designados.

Por otro lado, no podemos dejar de señalar que los cuestionamientos que hace la población y medios de comunicación frente a irregularidades advertidas en la contratación del personal en el sector público - además de los actos de corrupción denunciados y que provocaron la caída del régimen anterior - han afectado también la

imagen, trayectoria y honorabilidad de muchos funcionarios y servidores públicos probos, profesionales y eficientes, lo cual exige que hagamos una cruzada para valorizar el trabajo del servidor público, y con ello la importancia de tener una carrera administrativa. No podemos pretender crear una nueva carrera pública descuidando el factor humano, pues ello sería sinónimo de fracaso.

4. CONCLUSIONES

A. NECESIDAD DE UN PACTO SOCIAL

- 4.1. La reforma del servicio civil de carrera - que en nuestro país se denomina carrera administrativa - constituye un proceso a largo plazo y como tal, el cambio requiere estar legitimado por la sociedad. En nuestra opinión, es el Acuerdo Nacional que nace como una propuesta que reúne a los partidos políticos con representación en el Congreso, organizaciones de la sociedad civil con representación nacional y el gobierno, el foro natural para formalizar esta política de Estado.
- 4.2. Si bien lo ideal hubiera sido que este acuerdo se realizara antes de la elaboración de la norma sobre la materia, y luego de una amplia difusión sobre la necesidad del cambio, consideramos que al ser la Ley Marco del Empleo Público una norma de naturaleza genérica, muchas de las decisiones sobre el tipo y forma del modelo no se han agotado y requieren un extenso desarrollo. Igualmente resulta importante que el Acuerdo Nacional ratifique las reglas y principios consagrados en dicha ley.
- 4.3. Cualquier reforma real del Estado requiere de una legitimidad y aprobación social, además de un liderazgo. Este liderazgo debe ser asumido por el Acuerdo Nacional – y el grupo *ad hoc* encargado de la reforma – los que dará estabilidad, desarrollo y éxito del proceso, al margen de quien ostente el poder de turno.
- 4.4. No podemos perder de vista que el duro cuestionamiento que hace la población a los partidos políticos y a las diversas instituciones y poderes del Estado, tiene un correlato en la ineficiencia del servicio público - incluida el recurso humano que la conforma - que nos evidencia que más que una reforma en la carrera administrativa, es un mecanismo de convalidar el propio proceso democrático.

4.5. En este Acuerdo debe precisarse en líneas generales el tipo o modelos de servicio civil de carrera, el régimen de acceso, los grados de estabilidad en el empleo, los sistemas de contratación, el sistema retributivo, entre otros.

B. DETERMINACIÓN DEL MODELO DE ACCESO Y CONTRATACIÓN

4.6. Es necesario distinguir con suma claridad la línea que separa los cargos o puestos de carrera de los de confianza o políticos; en otras palabras, definir hasta donde llega la carrera administrativa. Esto es fundamental para que pueda regularse el sistema de acceso al puesto de trabajo, y los derechos y obligaciones que brinda el mismo.

4.7. Uno de los cuestionamientos más duros que se hace en nuestro país con respecto al empleo público es el alto nivel de politización y discrecionalidad para decidir quiénes ingresan a trabajar en la función pública. Esto resulta más grave por la carencia de estructura partidaria y preparación de las personas que son designadas por quien ejerce el poder. En ese sentido resulta necesario que el ingreso o acceso de personal a la carrera administrativa se haga siempre por concurso público, y siguiendo lo dispuesto por nuestra Ley Marco del Empleo Público, la evaluación debe hacerse en base a méritos y capacidades, y debe producirse también durante la vida laboral.

4.8. Previo al concurso público de ingreso resulta necesario determinar el perfil de los puestos de trabajo en cada organización, además del verdadero cuadro analítico de personal. Dentro de los puestos deben precisarse cuáles requieren preeminentemente la adopción de decisiones técnicas - decisiones objetivas e imparciales - los cuales deben ser ocupados necesariamente por servidores públicos que ingresen por concurso. Esto es trascendental para la creación de Administración Pública profesional y técnica que preste servicios continuos y regulares. Mientras las autoridades políticas puedan delegar mayor facultades a sus órganos técnicos de línea, esto les permitirá concentrarse en otras tareas de desarrollo de políticas a nivel nacional.

4.9. Es conveniente evaluar la posibilidad de incluir en determinados puestos, dentro del proceso de selección, un período de prueba o de formación, como se hace en la actividad privada.

- 4.10. Debe determinarse qué sistema de estabilidad (protección) laboral van a atener los trabajadores del Estado - y si éste tendrá relación con su grupo ocupacional - lo cual no debe ser ajena a los cambios que se han venido produciendo en el mercado laboral privado, pues el sector público y el privado se interrelacionan en forma permanente. Un sistema de personal estable fomenta la profesionalización, evita la corrupción, crea motivación (ascensos y promociones), incentiva la inversión en formación permanente, preserva la memoria institucional, y permite planificar los costos, sin perjuicio que se creen mecanismos de evaluación objetiva y periódica del personal (como un instrumento de gestión de recursos humanos más que de naturaleza disciplinaria) y de los estándares mínimos de prestación de servicios que el Estado debe garantizar a la población.
- 4.11. En nuestra opinión, la carrera administrativa debe privilegiar - llámese proteger - con mayor preocupación al personal que toma las decisiones técnicas (en nuestro caso, los servidores públicos, especialmente de la denominada gestión pública superior), pues la alta rotación de éstos que podría darse en un sistema de libre remoción afectaría no solo la continuidad, costos y eficiencia del servicio, sino también la independencia de éstos frente a la presión o injerencia política, en perjuicio de los usuarios. En todo caso consideramos que el procedimiento administrativo vigente para aplicar medidas disciplinarias al empleado público – incluida el despido – debe modificarse, porque resulta demasiado engorroso y lento, debiendo regularse un sistema que, garantizando el debido proceso y el derecho de defensa del afectado, permita tomar medidas efectivas y rápidas frente al incumplimiento de sus obligaciones laborales.
- 4.12. Existiendo una diversidad de regímenes de acceso, escala remunerativa y formas de contratación para realizar una misma función u ocupar un determinado puesto de trabajo, como se presenta en nuestro país, es decir tener empleados públicos con diferentes derechos y obligaciones, genera un mosaico que imposibilita la existencia de un servicio civil de carrera. Por lo que, conforme lo hemos desarrollado en el presente trabajo, necesitamos priorizar la regularización de la situación laboral de aquellas personas que laboran al margen de la carrera administrativa, especialmente los que se encuentran bajo la modalidad de contratados y bajo servicios no personales.

Con respecto a la forma de aplicar el “regreso” a la carrera administrativa y la reforma del empleo público - tema anteriormente desarrollado - y en atención a nuestra propuesta de su aplicación gradual dentro de un proceso de largo plazo, es oportuna citar a *Gustavo Guerra García* - cuya opinión compartimos plenamente – quien precisa que “la experiencia internacional enseña que cuando se trata de reformar organizaciones públicas, los avances parciales, pero sólidos, capaces de obtener un amplio apoyo que haga difícil su reversión, son preferibles a los grandes saltos hacia delante que rara vez llegan a consolidarse y a sobrevivir a quienes los impulsan” (Guerra García, 2000; pág.2)

Somos concientes que ningún proceso de reforma del Estado - y dentro de éste la reforma del servicio civil de carrera - puede ser exitoso sino cuenta con un respaldo humano adecuado - líderes políticos, funcionarios y servidores públicos - responsables del cambio. Fomentando la profesionalización y capacitación del empleado público, conjuntamente con una revalorización del mismo, nos permitirán alcanzar nuestros objetivos en plazos menores.

Sabemos que el camino a seguir para regularizar la actual situación caótica y de desorden del ingreso y contratación del personal del sector público, y la recomposición de una nueva carrera administrativa, es sumamente complicado. No obstante ello, si los peruanos tenemos plena conciencia de la magnitud del problema y de la necesidad del cambio, ello nos permitirá, dejando intereses políticos, laborales o económicos de lado, iniciar un proceso gradual que busque la reinstauración de una verdadera carrera pública que fomente el profesionalismo, la probidad y la eficiencia del servidor público en beneficio de la población.

BIBLIOGRAFÍA

ABUSADA, Roberto, DU BOIS, Fritz, MORÓN, Eduardo Y VALDERRAMA, José (2000) *La reforma incompleta: rescatando los noventa* (Lima, Universidad del Pacífico)

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONTE, María Emilia (1996) *Derecho del Trabajo*. (Madrid, Universidad Complutense de Madrid)

BALLART, Xavier (2001) *Innovación en la gestión pública y en la empresa privada*. (Madrid, Díaz de Santos)

----- y RAMIÓ, Carles (2000) *Ciencia de a Administración*. (Valencia, Tirant lo Blanch)

CABRERA VÁSQUEZ, Mario y QUINTANA VIANCO, Rosa (1985) *Introducción al estudio de la administración pública* (Lima, Editorial Sagsa)

CLAD (1998) *Una nueva gestión pública para América Latina*. Declaración de Madrid.

COMISIÓN MULTISECTORIAL ENCARGADA DE ESTUDIAR LA SITUACIÓN DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CENTRAL (2001) *Resumen Ejecutivo*, separata especial del diario oficial El peruano del 25.06.01.

CORTAZAR VELARDE, Juan Carlos (2002), *Diálogo Regional de Política - La reforma de la administración pública peruana: conflicto y estrategias divergentes en la elaboración de políticas de gestión pública* (Washington, Banco Interamericano de Desarrollo)

DISCURSO DE PRESENTACIÓN DEL GABINETE MINISTERIAL ANTE EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2004), separata especial del diario oficial El Peruano del 13.02.04.

ERMIDA URIARTE, Oscar (1991) *Las relaciones de trabajo en América Latina* (Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe – Organización Internacional del Trabajo)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DE LEY MARCO DEL EMPLEO PÚBLICO presentado por el Poder Ejecutivo en diciembre de 2002 al Congreso de la República

GARCIA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César (2000) Estudio sobre la flexibilidad en el Perú – Oficina Internacional del Trabajo, *La flexibilidad en el régimen laboral peruano*, 124: pp. 249-285

GARCIA GRANARA, Fernando y GONZALES HUNT, César (2002) Análisis Laboral, *El empleo público, laborización, carrera administrativa y unificación de regímenes laborales*, Junio: pp.63-64.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo (1990) *El buen funcionamiento de los servicios públicos* (Madrid, Editorial Tecnos S.A.)

GOMEZ RIVAS, José Vicente (2003), *La gestión de personal y la nueva gestión pública. Algunas reflexiones sobre el servicio civil de carrera*. Exposición realizada en mayo de 2003 en el Congreso de la República del Perú.

GUERRA GARICA, Gustavo (1999) *Reforma del Estado en el Perú: pautas para reestructurar el Poder Ejecutivo* (Lima, agenda Perú)

HERNÁNDEZ ALVAREZ (1998) Derecho Laboral, *Las relaciones en el sector público*; No.192; octubre / diciembre.

MEZA INGAR, Carmen (2003), Diario oficial El Peruano, *La carrera pública*, 30 de Junio Ingar: pág.8

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION SOCIAL (2001) *Memoria Ministerial: La recuperación de la Democracia, la Institucionalidad y el Diálogo Social 25 de noviembre 2000 – 26 de julio 2001* (Lima, Ministerio de Trabajo y Promoción Social)

MONTOYA MELGAR; Alfredo (1993) *Derecho del Trabajo* (Madrid, Editorial Tecnos S.A.)

MORGADO, Emilio (1991) *La solución de los conflictos colectivos de trabajo en el sector y servicios públicos* (Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe – Organización Internacional del Trabajo)

MUNETO OSAKI y varios (1998) *Relaciones de Trabajo en la Administración Pública* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo)

NEVES MUJICA, Javier (1997) *Introducción al Derecho del Trabajo* (Lima, ARA Editores)

OLIAS DE LIMA GETE, Blanca (coord.) (2001) *La nueva gestión pública* (Madrid, PEARSON EDUCACIÓN S.A.)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1985) *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984 adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1999), *Informe sobre el empleo en el mundo 1998-1999: empleabilidad y mundialización papel fundamental de la formación* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1999), *Trabajo Decente y Protección para todos, prioridad de las Américas* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2000) *La reforma laboral en América Latina: Un análisis comparado* (Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo)

PASCO FONT, Alberto y SAAVEDRA, Jaime (2001) *Reformas estructurales y bienestar: una mirada al Perú de los noventa* (Lima, GRADE)

PATRÓN FAURA, Pedro (1997) *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú* (Lima, Editorial Grijley)

PETERS, Guy y PIERRE, Jon (2000) *Funcionarios y políticos: el equilibrio cambiante* (GAPP, No.17-18)

RAMIO MATAS, Carles (2001) *Reforma y Democracia; Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional*, No.21.

----- y SALVADOR, Miquel, *Servicio Civil en América Latina; Reflexiones y propuestas tentativas*

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrés (coord.) (1995) *Los recursos humanos en las administraciones públicas* (Madrid, Editorial Tecnos S.A)

SAGASTI, Francisco y GUERRA GARCIA, Gustavo; *La modernización del Poder Ejecutivo: Problemas y posibilidades* (Lima, Socialismo y Participación)

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (1997), *Derecho de la función pública* (Madrid, Editorial Tecnos S.A.)

SULEIMAN, Erza (2000) *¿Es Max Weber realmente irrelevante?* (GAPP, 17-18)

WRIGHT, Vincent (1996/1997) *Redefiniendo el Estado: las implicaciones para la administración pública*; GAPP No.7-8.

