

Nueva Ley Marco del Empleo Público y la problemática de la contratación de personal en el Estado

Roberto 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 esta no tendrá éxito si no hacemos paralelamente una reforma del servicio civil de carrera pública, o lo que en nuestro país se denomina carrera administrativa, más aún cuando esta, durante la década de 1990, ha sido 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 la Ley Marco del Empleo Público, publicada el 19 de febrero de 2004.

Cabe señalar que si bien el Decreto Legislativo 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 005-90-PCM, del 22 de enero de 1990 –ambos vigentes– nacieron recogiendo la existencia de una carrera administrativa y un sistema único de remu-

neraciones, tenemos que reconocer que hoy en día carecemos de un verdadero sistema de servicio civil de carrera, así como de un adecuado, transparente, objetivo, imparcial y uniforme criterio de ingreso y contratación para prestar servicios en el sector público.

LA CARRERA PÚBLICA EN EL PERÚ

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 de presidente Ramón Castilla, se dicta la Ley de Goces, que reguló los derechos de jubilación y cesantía de los empleados públicos. Es recién en 1950 que se expide el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil y Pensiones, el cual buscó ordenar la legislación que se había dictado sobre la materia.

La Constitución Política del Perú de 1979 introduce, por primera vez, la exigencia de que sea una ley la que debe regular el ingreso y los derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos.¹ Esto generó la necesidad de promulgar una norma específica, que se concretó con la dación del Decreto Legislativo 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 23724, conforme al artículo 186 de la Constitución de 1979.

Ley de Bases de la Carrera Administrativa

El Decreto Legislativo 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 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 vigente.² Lo que busca esta regulación es unificar y darle permanencia a la carrera administrativa.

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

2 Artículo 60 de la Constitución de 1979: "Un sistema único homologa las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado".

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.

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 públicos.³

Ley Marco del Empleo Público: Reforma de la contratación del empleado público

Antecedentes

El 16 de diciembre del 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, la cual se encontró con 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. La Comisión concluyó que era necesario elaborar una norma marco del empleo público que inicie un proceso de reforma sostenido con el fin de crear un sistema orgánico de gestión del empleo público.

Teniendo como base dicho estudio, el 19 de febrero del 2004 se publicó la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, la cual regula los aspectos generales de la nueva carrera administrativa.⁴

3 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 (...)”.

4 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 ocupacionales, los mecanismos de acceso, los principales derechos, 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.

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 naturaleza.⁵

En la parte sustantiva se enumeran los principios más importantes que rigen el empleo público, entre los cuales 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 276) que tiene 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.

El reconocimiento de principios de derecho laboral enmarcados en el conjunto 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.⁶

5 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 sí es de aplicación la ley, salvo en aspectos que tienen regulación legal específica.

6 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Marco del Empleo Público, 2002, p. 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 276) y el privado (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 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: 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 de que las normas de desarrollo regulen hasta qué 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 ser ocupados por servidores públicos (ingreso por concurso), mientras los puestos de preeminencia política estarían reservados al grupo funcional. Ello resulta de especial trascendencia para la creación de una administración pública profesional y técnica que preste servicios públicos continuos y regulares.⁷

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

- *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.
- *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

7 Ibidem.

ningún caso será mayor al 5 por ciento de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad.

- *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 número no excederá del 10 por ciento 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.
- *Ejecutivo.*- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndase por ella el ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutorias, 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.
- *Especialista.*- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.
- *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 implementarlo, cuando se dicten las leyes de desarrollo.

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 la década de 1990. En nuestra opinión, esto se produjo principalmente por causas económicas, legales y políticas, que en forma breve desarrollaremos a continuación.

Causas económicas (presupuestales)

Desde el punto de vista económico, la prohibición de contratar personal en el sector público dentro de la carrera administrativa, así como reajustar sus remuneraciones, impidió la contratación que obligara a la creación de nuevas plazas, lo que provocó que en la práctica solo 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 mencionar que los efectos económicos perversos del régimen previsional del Decreto Ley 20530, aplicable a jubilados del sector público, que contiene un sistema espejo entre las remuneraciones de los activos y los pensionistas (“cédula viva”), los cuales han sido limitados por el Parlamento anterior, con apoyo decisivo del Poder Ejecutivo, fomentaba esta “informalidad” en la contratación pública.

Causas legales (régimen laboral)

A inicios de la década de 1990, términos económicos como flexibilidad y productividad, propios de una economía de mercado y un mundo globalizado, aunados 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”⁸ con la dación, en noviembre de 1991, del

8 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. *La reforma laboral en América Latina: Un análisis comparado*. Ginebra: OIT, 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

Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, que reguló la contratación en el régimen laboral privado,⁹ proceso al 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.¹⁰ Esta tendencia de extender las normas laborales a los trabajadores públicos, especialmente en las empresas estatales, se ha manifestado 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*”.¹¹

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 a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como a las normas que protegen la vida y la salud de los trabajadores.

9 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 preprofesionales, 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.

Actualmente 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 Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral), lo cual ha sido confirmado y ampliado en recientes fallos del Tribunal Constitucional.

10 NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*, 1997.

11 ERMIDA URIARTE, Óscar. *Las relaciones de trabajo en América Latina*, 1991.

En una segunda etapa, la creación, reorganización y reestructuración de algunas entidades públicas permitió que no sean de aplicación para la contratación de su personal las normas propias del régimen laboral público sino las 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 el Congreso de la República, el Poder Judicial, algunos ministerios y entidades de reciente creación, como 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 en nuestro concepto no debería abandonarse, salvo en el caso de los funcionarios que ocupan cargos políticos o de confianza.¹² 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 servicio 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.¹³ 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.

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 de 1990, 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 1995.

12 NEVES MUJICA, Javier. Op. cit., p. 48.

13 ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONTE. *Derecho del trabajo*, 1996.

Sin embargo, en los últimos años del régimen, y más aún con su caída en el 2000, se pudo advertir que en realidad ni el número de trabajadores ni el gasto corriente por haberes se redujo, sino que este 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.

CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL SECTOR PÚBLICO

Situación actual

La Comisión de Estudio de la Situación del Personal de la Administración Pública Central, creada por Decreto Supremo 004-2001-TR, (en la cual participé 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, sin considerar las fuerzas armadas, policiales y trabajadores de salud y educación,¹⁴ concluyó que en el gobierno central se tenía que menos del 45,3 por ciento estaba bajo el régimen del Decreto Legislativo 276 (carrera administrativa), en tanto que el 40,2 por ciento había sido contratado bajo la modalidad de servicios no personales (contratos civiles), y la diferencia bajo el régimen laboral privado.

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, que era la forma natural para trabajar dentro del sector público, empezó a quedar en desuso y fue suplida 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 su-

14 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.

bordinación 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 producido, 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 en 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 judiciales.¹⁵ 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.

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 276), los contratados bajo el régimen laboral privado (Decreto Legislativo 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.

Sistemas de contratación de personal en la carrera administrativa

Marco conceptual

Desde la aparición de una clase burocrática destinada a administrar los excedentes producidos, primero a favor de quien tiene el poder, y en la modernidad, al servicio de la población (a través de mecanismos dis-

15 Es importante señalar que existe una discordancia entre los hechos y la forma de contratación, lo que ha llevado a 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 a reconocer los derechos y beneficios sociales propios de los trabajadores dependientes.

tintos 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 *spoil system* y el modelo cerrado¹⁶ o de carrera.

Este modelo recoge un servicio civil que se basa en la diferenciación de los puestos de trabajo de la administración, lo que supone la realización de un estudio detallado de cada uno de los puestos de trabajo, con el objetivo de reclutar a las personas más idóneas (buscar la mejor persona para cada puesto), donde la especialización es un rasgo básico. Las incorporaciones provienen del exterior de la organización y que su vinculación se acaba al abandonar el puesto concreto.^{17, 18}

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 un contexto radicalmente distinto.¹⁹

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

16 El modelo abierto, denominado *spoil 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).

17 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.

18 RAMIÓ MATAS, Carles. "Los problemas de la implantación de la nueva gestión". *Reforma y Democracia* 21, 2001, p. 3; SALVADOR SERNA, Miguel. "Servicio civil en América Latina: Reflexiones y propuestas tentativas".

19 GÓMEZ RIVAS, José Vicente. "La gestión de personal y la nueva gestión pública: Algunas reflexiones sobre el servicio civil de carrera". Exposición realizada en el Congreso de la República, 2003, p. 3.

en la escena nacional, los cuales en muchos casos apenas sobreviven al periodo 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 en su interior ha llevado a que en muchos casos se designara a personal que no contaba con niveles mínimos de preparación para el cargo.

En cambio, el denominado sistema cerrado o de carrera –de origen francés–²⁰ lo que busca es que el ingreso del personal al empleo público se realice a través de concursos de selección, en los cuales el mérito y la capacidad del postulante sean determinantes 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 genérico.²¹

Hoy en día esta división clásica entre modelo abierto y modelo cerrado no se da en forma pura, pues cada administración pública reco-

20 “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, Miguel. *Derecho de la función pública*, 1997, p. 34).

21 Ejemplos de esto se dan en los sistemas de función pública de Francia y España (basados en cuerpos) o el Reino Unido (RAMIÓ MATAS, Carles. Op. cit., p. 3; SALVADOR, Miquel. Op. cit.).

ge variantes que se han adaptado a su necesidad, tradición y cultura política²². 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.²³

Cabe mencionar que el ingreso a la carrera administrativa está previsto en prácticamente todos los países por medio de oposición o concurso. 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 y con la mayor objetividad posible el ingreso a un puesto de trabajo en el Estado, constituye un clamor y presión popular, toda vez que 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.

22 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, donde hay distintos modelos de Estado (RAMIÓ MATAS, Carles. Op. cit., p. 85).

23 Exposición de Motivos de la Ley Marco del Empleo Público, 2002, p. 4.

Regulación del ingreso y contratación en la Ley Marco del Empleo Público

En nuestro país, con la dación de la Ley 11377 (1950), que reguló los derechos de los empleados públicos, estableció el concurso como requisito para acceder a un cargo en la administración.

Igualmente, la norma vigente en materia de servicio civil de carrera, Decreto Legislativo 276 (1984) y su reglamento (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, esta última comprende 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 año.²⁴

En materia constitucional, se deriva a una norma inferior la regulación del modo de ingreso a la carrera pública, precisando que no forman parte de ella los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.²⁵ 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:

- *Reconocimiento al mérito y la capacidad como principios que rigen el empleo público.* - El numeral 7 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley, al definir este señala que el “ingreso, la permanencia y las mejoras remunerativas de condiciones de trabajo y

24 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.

25 Artículo 40 de la Constitución Política del Estado (1993).

ascensos en el empleo público se fundamentan en el mérito y capacidad de los postulantes y del personal de la administración pública”.

- *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, el artículo 4 de la Ley clasifica al personal en: funcionario público, empleado de confianza y 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 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, respectivamente.²⁶ Cabe 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

²⁶ 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, Carlos Ferrero Costa, en su presentación al Congreso el 13 de enero del 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 en el Congreso de la República, 2004).

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 es necesario determinar qué puestos requieren preminentemente la adopción de decisiones técnicas –decisiones objetivas e imparciales–, los cuales deben ser ocupados por servidores públicos a través de 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 públicos del de los servidores públicos. 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– origina 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 para la Administración Pública”.²⁷

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 de 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, estos 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 empleados públicos, reglas de acceso y salida, régimen de incompatibilidades y responsabilidades, entre otros (Exposición de Motivos de la Ley).

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

27 Exposición de Motivos del Proyecto de la Ley Marco del Empleo Público, 2002, p. 9.

en que materialmente nada diferencia la relación de un trabajador del sector privado con el del sector público.²⁸ 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,²⁹ 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.

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.

Necesidad de un Acuerdo Nacional sobre política de empleo público

El diálogo que nace a raíz de la experiencia iniciada con el Acuerdo Nacional 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:

28 HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. “Las relaciones en el sector público”. *Derecho Laboral* 192, 1998.

29 BALLART, Xavier. *Innovación en la gestión pública y en la empresa privada*, 2001; RAMIÓ, Carles. *Ciencia de la administración*, 2000.

... 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.³⁰

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 si no contamos igualmente con actores fuertes, representativos e independientes (pasar de una democracia formal a una real).

Así, cuando se decide, en los niveles del 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 había menos espacios de diálogo para presentar sus demandas o soluciones ante las autoridades.

En ese sentido, independientemente de la crisis de representatividad que se ha dado en algunas de las organizaciones que forman parte del Acuerdo Nacional, somos de la opinión de que solamente en este contexto de diálogo institucionalizado es que se 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 haga posible, 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.

30 OIT. *Trabajo decente y protección para todos, prioridad de las Américas*, 1999, p. 20.

En 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 la 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”.³¹

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.

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 alcanzar una reinstauración de un servicio civil de carrera resulta necesario que se den las siguientes condiciones: a) la existencia de mecanismos de ingreso y ascenso que se basen en –y garanticen– los principios de igualdad, mérito y capacidad, los cuales solo 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.³²

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 de concursos públicos realizados, por el abuso de la denominada entre-

31 Acuerdo Nacional [en línea]. <<http://www.acuerdonacional.gob.pe>>.

32 Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Empleo Público, 2002.

vista personal –prevista en la 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, 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.³³

En efecto, no es extraño que en los casos en que se selecciona personal por concurso público, a través de pruebas escritas que miden el conocimiento relativo al puesto por 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 los que se enfrentará el futuro funcionario.³⁴

En ese sentido somos de la opinión de 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 incluirá las aptitudes personales y profesionales que debe tener el candidato. Esto permitirá tener un filtro –objetivo y transparente– que establecerá quiénes están aptos para participar en el concurso.

En el orden de ideas expuesto, nuestra Ley Marco, en forma correcta, recoge en su artículo 6, como requisitos para la convocatoria al proceso de selección, entre otros, la identificación del puesto de trabajo así como la descripción de las competencias y méritos. En efecto, de acuerdo con el sistema elegido en la referida Ley –conforme lo detalla el artí-

33 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrés (coord.). *Los recursos humanos en las administraciones públicas*, 1995.

34 *Ibidem*, p. 256.

culo 5— al basarse el concurso público en un sistema de méritos y capacidades, estaríamos frente al modelo que conjuga tanto el concurso como la oposición, aunque ello debe ser reglamentado en las normas de desarrollo.³⁵

Con respecto a la forma de postular a la carrera administrativa coincidimos con la Ley Marco, la cual regula 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, independientemente de sus 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 preparados.³⁶

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

Cabe señalar que cualquier sistema adecuado de selección de personal, y el esfuerzo y dinero empleados para obtenerlo, pueden diluirse con el tiempo si no invertimos en la preparación y formación constante del servidor público,³⁷ toda vez que el concurso y la oposición

35 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 (Ibídem, p. 262).

36 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 son ocupados por personal ajeno a esta, y que son los que se han beneficiado en mejor medida con la escasa capacitación y formación que ha brindado el Estado.

37 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, Gustavo. *Reforma del Estado en el Perú: Pautas para reestructurar el Poder Ejecutivo*, 1999, p. 102).

fueron la medición de méritos y capacidades para un puesto de trabajo en un momento determinado, atendiendo a las exigencias de ese tiempo, que requiere de una valorización constante con el fin de adecuarlo a los cambios que se dan en la función pública contemporánea.³⁸

Entendemos la formación como la mejor herramienta para conseguir el cambio y la modernización de nuestra administración, por lo que esta debe intensificarse, en un primer momento, en el nivel de los directivos, considerados como los verdaderos propulsores del cambio.³⁹

Por ello, Carlos Samaniego Villasante y Francisco Díaz Bretones señalan, en forma categórica –con respecto a la carrera administrativa, a la selección y a la formación– que no podremos desarrollar una buena carrera pública sin una adecuada selección y sin una formación continua del trabajador.⁴⁰

No podemos dejar de reconocer que no es práctico ni razonable mantener 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.

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, otorgando, asimismo, garantías para su acceso y separación.

Esta legislación debería incluir, entre otras materias, las siguientes:

38 En nuestro país tenemos un precedente nefasto dado por una norma que obligó a la evaluación semestral del personal del sector público, el cual sirvió como mecanismo para 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.

39 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrés (coord.). Op. cit., 1995, p. 269).

40 *Ibidem*, p. 274.

- 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).⁴¹
- 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 la aplicación de la línea de carrera (promoción y ascensos).
- 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).
- Evaluar si es compatible, y en qué casos, el régimen laboral de la actividad privada con el ejercicio de la función pública.
- Dar contenido normativo a los actuales contratos por servicios no personales y proponer su desaparición o conversión gradual en contratos de trabajo.
- Estudiar las escasas experiencias exitosas que han habido en los últimos años en materia de nueva gestión pública y evaluar su aplicación a otras entidades.⁴²
- Creación de un órgano o entidad encargada de la supervisión y control de la carrera administrativa, 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, generada por la descentralización, la que se inició 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.

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

42 Existen algunas islas de modernidad y eficiencia perdidas 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, Gustavo. Op. cit., p. XX). Op. cit., p. 2.

La descentralización de la administración pública debe conllevar un acercamiento a los ciudadanos, para lo cual deben promoverse sistemas de participación, y con ello disminuir las barreras entre estos y quienes deciden. Asimismo, debe 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 le permita ser parte del cambio y la transformación del enfoque de la administración pública.

Al fomentar la participación de la población organizada se le permitirá no solo que tenga un medio idóneo para exigir la satisfacción de sus demandas, así como colaborar muchas veces en su solución, 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 de los elegidos como de los designados.

Por otro lado, no podemos dejar de señalar que los cuestionamientos que hacen la población y los medios de comunicación frente a las 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 de la década pasada, 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 destacar 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.

CONCLUSIONES

Necesidad de un pacto social

- 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, el Acuerdo Nacional, que nace como una propuesta que reúne a los partidos políticos con representación en el Congreso, las organizaciones de la sociedad civil con representación nacional y el gobierno, es el foro natural para formalizar esta política de Estado.

- 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.
- 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, lo que dará estabilidad y éxito al proceso, al margen de quién sea el gobernante de turno.
- En este acuerdo debe precisarse, en líneas generales, los tipos 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.

DETERMINACIÓN DEL MODELO DE ACCESO Y CONTRATACIÓN

- 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 dónde 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 este conlleva.
- 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 producirse también durante la vida laboral.
- 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, objetivas e imparciales, los que deben ser ocupados necesariamente por servidores públicos que ingresen por concurso. Esto es trascendental para la creación de una administración pública profesional y técnica que preste servicios continuos y regulares. Mientras las autoridades políticas puedan delegar mayores facultades a sus órganos técnicos de línea, esto les permitirá concentrarse en otras tareas de desarrollo de políticas en el ámbito nacional.

- 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.
- Debe determinarse qué sistema de estabilidad (protección) laboral van a tener los trabajadores del Estado, y si este tendrá relación con su grupo ocupacional, lo cual no debe ser ajeno 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 de 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.
- 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 estos, que podría darse en un sistema de libre remoción, afectaría no solo la continuidad, costos y eficiencia del servicio, sino también la independencia de estos 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 –incluido 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.

- La diversidad de regímenes de acceso, de escalas remunerativas y formas de contratación para realizar una misma función u ocupar un determinado puesto de trabajo, como se presenta en nuestro país, es decir 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 trabajan al margen de la carrera administrativa, especialmente las 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 oportuno 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.⁴³

Somos conscientes de que ningún proceso de reforma del Estado, y dentro de este la reforma del servicio civil de carrera, puede ser exitoso si no cuenta con un respaldo humano adecuado –líderes políticos, funcionarios y servidores públicos, responsables del cambio– que fomente la profesionalización y capacitación del empleado público, junto con una revalorización de este.

Sabemos que el camino por 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, 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.

43 *Ibidem*.

BIBLIOGRAFÍA

- ABUSADA, Roberto; DU BOIS, Fritz; MORÓN, Eduardo y José VALDERRAMA
La reforma incompleta: Rescatando los noventa. Lima: Universidad del Pacífico, 2000.
- ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONTE
Derecho del trabajo. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1996.
- BALLART, Xavier
Innovación en la gestión pública y en la empresa privada. Madrid: Díaz de Santos, 2001.
- CABRERA VÁSQUEZ, Mario y Rosa QUINTANA VIANCO
Introducción al estudio de la administración pública. Lima: Sagsa, 1985.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo
“Una nueva gestión pública para América Latina”. Declaración Madrid.
- Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central
Resumen ejecutivo. Separata especial del diario oficial *El Peruano*. Lima, 25 de junio del 2001.
- Congreso de la República
Discurso de presentación del Gabinete Ministerial ante el Congreso de la República. Separata especial del diario oficial *El Peruano*. Lima, 13 de febrero del 2004.
- . Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Marco del Empleo Público, presentado por el Poder Ejecutivo. Diciembre del 2002.
- CORTÁZAR VELARDE, Juan Carlos
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, 2002.
- ERMIDA URIARTE, Óscar
Las relaciones de trabajo en América Latina. Lima: Oficina Regional para América Latina y el Caribe/Organización Internacional del Trabajo, 1991.

- GARCÍA GRANARA, Fernando y César GONZALES HUNT
“El empleo público, laborización, carrera administrativa y unificación de regímenes laborales”. *Análisis Laboral*. Junio del 2002.
- . “La flexibilidad en el régimen laboral peruano”. *Estudio sobre la flexibilidad en el Perú* 124. Lima: Oficina Internacional del Trabajo, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo
El buen funcionamiento de los servicios públicos. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1990.
- GÓMEZ RIVAS, José Vicente
“La gestión de personal y la nueva gestión pública: Algunas reflexiones sobre el servicio civil de carrera”. Exposición realizada en el Congreso de la República. Lima, mayo del 2003.
- GUERRA GARCÍA, Gustavo
Reforma del Estado en el Perú: Pautas para reestructurar el Poder Ejecutivo. Lima: Agenda Perú, 1999.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar
“Las relaciones en el sector público”. *Derecho Laboral* 192. Octubre-diciembre de 1998.
- MEZA INGAR, Carmen
“La carrera pública”. Diario oficial *El Peruano*. Lima, 30 de junio del 2003.
- Ministerio de Trabajo y Promoción Social
Memoria ministerial: La recuperación de la democracia, la institucionalidad y el diálogo social (25 de noviembre del 2000 - 26 de julio del 2001). Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción Social, 2001.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo
Derecho del trabajo. Madrid: Tecnos, 1993.
- MORGADO, Emilio
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, 1991.
- MUNETO OSAKI, y varios.
Relaciones de trabajo en la administración pública. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1998.
- NEVES MUJICA, Javier
Introducción al derecho del trabajo. Lima: ARA Editores, 1997.

OLIAS DE LIMA GETE, Blanca (coord.)

La nueva gestión pública. Madrid: Pearson Educación S.A., 2001.

Organización Internacional del Trabajo

La reforma laboral en América Latina: Un análisis comparado. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2000.

———. *Informe sobre el empleo en el mundo 1998-1999: Empleabilidad y mundialización papel fundamental de la formación*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1999.

———. *Trabajo decente y protección para todos, prioridad de las Américas*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1999.

———. *Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo 1919-1984 adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1985.

PASCO FONT, Alberto y Jaime SAAVEDRA

Reformas estructurales y bienestar: Una mirada al Perú de los noventa. Lima: GRADE, 2001.

PATRÓN FAURA, Pedro

Derecho administrativo y administración pública en el Perú. Lima: Grijley, 1997.

PETERS, Guy y Jon PIERRE

Funcionarios y políticos: El equilibrio cambiante. GAPP 17-18, 2000.

RAMIÓ MATAS, Carles

“Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: Modelo de Estado y cultura institucional”. *Reforma y Democracia* 21, 2001.

———. *Ciencia de la administración*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Andrés (coord.)

Los recursos humanos en las administraciones públicas. Madrid: Tecnos S.A., 1995.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel

Derecho de la función pública. Madrid: Tecnos S.A., 1997.

SULEIMAN, Erza

“¿Es Max Weber realmente irrelevante?”. GAPP 17-18, 2000.

WRIGHT, Vincent

“Redefiniendo el Estado: Las implicaciones para la administración pública”. GAPP 7-8, 1996-1997.