

LA EVOLUCIÓN Y DECANTAMIENTO DEL RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO EN EL PERÚ Y BREVE APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO DE LAS COMPENSACIONES EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL N° 30057

ORLANDO GONZÁLEZ NIEVES⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN

Con el presente artículo y con mucho dolor por su partida me adhiero al homenaje póstumo a uno de los fundadores de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y gran maestro del Derecho del Trabajo peruano, reconocido a nivel nacional e internacional, Dr. Mario Pasco Cosmópolis, a quien tuve el honor de conocer en un evento internacional en la ciudad de Trujillo-Perú, cuando el Dr. José Montenegro Baca nos presentó hace más de tres décadas. Desde allí cultivamos una amistad sincera y pude aprender y visualizar, gracias a su entrañable carisma y a sus enjundiosas conferencias, varios matices de la especialidad y del ejercicio profesional.

La Ley N° 30057, Ley de Servicio Civil, tiene muy variados, polémicos y significativos contenidos. Nosotros solo abordaremos en este trabajo tres aspectos: uno muy sintético sobre la evolución histórica del régimen laboral de la actividad pública y sus cercanías y lejanías con el régimen laboral de la actividad privada;

(1) Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo y de las Escuelas de Postgrado en algunas Universidades de la región norte del país.

otro también escueto referido a los principales hitos históricos en el tratamiento de las políticas remunerativas del Estado con sus servidores públicos en las últimas décadas; y, un tercer ítem referido al análisis evaluativo de algunos aspectos de la Ley del Servicio Civil N° 30057 y su reglamento, con relación a la temática de las compensaciones y los principales beneficios sociales.

II. BREVE ANÁLISIS DE LA DICOTOMÍA INTERNACIONAL SOBRE LA CONVERGENCIA/DIVERGENCIA DE LAS RELACIONES LABORALES PÚBLICAS Y PRIVADAS Y SU ESTADO ACTUAL EN LA REALIDAD PERUANA

Con relación a la producción internacional de la OIT sobre el empleo en la Administración Pública durante el último cuartil del siglo XX y lo que va del siglo XXI han corrido ríos de tinta y se han sucedido innumerables eventos académicos y técnicos de gran trascendencia jurídica y social. La expresión cualitativa y la síntesis dialéctica de los logros del siglo anterior se manifestó en el hecho de la aprobación por la Asamblea General de la OIT del Convenio Internacional N° 151, Sobre Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, 1978, demostrando su gran preocupación por los problemas cruciales que afrontaba el sector; en los años subsiguientes se aprobaron otros Convenios relacionados con el servicio público, como son, el 154, 168, 171 y 173, así como variadas y múltiples recomendaciones y resoluciones que tenían que ver con reajustes estructurales, protección social, transición a la economía de mercado, atenuación del desempleo y la pobreza, etc.

En los años subsiguientes se comenzó a trabajar, entre una multiplicidad de temas, sobre las evoluciones y cambios estructurales de la remuneración en el servicio público, su composición interna, sus ajustes en función de la evolución general de la economía, su pérdida de valor frente a la del Sector Privado, ya que en algunos países en desarrollo los sueldos y salarios de la Administración Pública habían caído incluso por debajo del umbral de pobreza⁽²⁾.

En ese contexto histórico, las clásicas teorías sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual entre el Estado y sus trabajadores que precedieron históricamente a lo acaecido en el periodo descrito se fueron decantando poco a poco, a

(2) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Comisión paritaria del servicio público: Informe I. Informe General*. 5ª reunión, Ginebra, 1994, 1ª ed., Ginebra, Suiza, 1993, pp. 1 a 3, 45 a 56 y 142 a 143.

la vez que se planteaba una clásica separación entre el régimen laboral público y privado. Bajo la influencia de múltiples teorías surgidas desde las canteras del derecho público y privado se llegó a sostener que ambos eran irreconciliables, “sui generis” e irremplazables. Entonces la discusión sobre su unificación era impensable, pero luego vinieron intensas polémicas sobre la necesidad y posibilidad de su materialización, generando opciones separatistas o divergentes, unificadoras o convergentes y mixtas.

Las tesis separatistas se basaban sobre todo en las concepciones del clásico “empleador soberano”, típico de las tradiciones alemana y francesa, por las cuales el trabajador era casi un súbdito del Estado al cual tenía que obedecer en silencio casi sepulcral, y del típico “empleador modelo”, propio de la tradición anglo-americana, gracias a lo cual se respiraba posturas democráticas a favor de otorgar un rol más activo al trabajador en las relaciones laborales.

A la luz de las propuestas sobre servicios públicos más eficientes, calificados y céleres, bajo los enfoques de una nueva concepción y filosofía sobre gerencia pública, intentando introducir mecanismos de gobernanza gerencial orientados al mercado, incluso con técnicas de recursos humanos que antes se empleaban casi en exclusiva en el sector privado y que llevaban a propuestas de mayor poder discrecional gerencial, al uso de estándares de medición del rendimiento, ajustes en los controles sobre producción y resultados más que sobre procesos, mayor disciplina y austeridad en el uso de recursos, etc., varios países de la OCDE han intentado dejar de lado las concepciones clásicas divergentes de “empleador soberano” y “empleador modelo” y eliminar las diferencias entre el Sector Público y Privado, a consecuencia de lo cual generaron grandes expectativas sobre un doble proceso de convergencia: entre el Sector Privado y Público dentro de un país y en el Sector Público entre diferentes países⁽³⁾.

Hace veinte años Treu señalaba que en las décadas de los sesenta y setenta, parecía estar confirmada a grandes rasgos la tendencia predominante de convergencia entre los sectores público y privado; sin embargo, reconociendo dicha tendencia, insistía que desde esas épocas la función pública continuaba revaluando en la mayor parte de los casos tendencias importantes en comparación con el Sector Privado, dentro de las que destacaban: a) El servicio público revelaba mayor variedad de métodos para determinar las condiciones de empleo, incluso en los países donde la negociación colectiva era el método predominante; b) La

(3) BORDOGNA, Lorenzo. “Relaciones laborales del servicio público en Europa”. Diversas reformas inspiradas en la nueva gestión pública. En: *Relaciones laborales en el mundo*. Libro homenaje al profesor Luis Aparicio Valdez, Asociación Peruana de Relaciones de Trabajo, Grijley, Lima, 2008, pp. 221 a 230.

reglamentación legal de los distintos aspectos de estos métodos era más detallada que las reglamentaciones del Sector Privado; y, c) Los ámbitos de la negociación colectiva y otros métodos de determinación paritaria seguían funcionando mucho más circunscritos que en el sector privado, principalmente en las áreas vitales como son los salarios. Por otro lado, más específicamente, el mismo autor, luego de realizar un estudio comparativo de siete países de economía de mercado (Alemania Federal, Francia, Italia, Japón, Suecia, Reino Unido y EE.UU.), señalaba, entre otras, como algunas tendencias fundamentales de las relaciones profesionales en la función pública de dichos países las siguientes: a) Estabilización del empleo en la función pública, mas no declinación; b) Aumento del poder relativo de los sindicatos del servicio público en el movimiento laboral en general, con amenazas de fragmentación interna; y, c) Aparición de conflictos en áreas vitales de la función pública, particularmente como reacción a las políticas de ingreso y las restricciones salariales⁽⁴⁾.

Las ideas de la convergencia, según anota Bordogna, se basaban principalmente en la idea de que el ideario de una nueva gestión pública eliminaba las diferencias y cuestionaba los enfoques de “empleador soberano” y “empleador modelo” al asignársele explícitamente un rol único al Estado empleador, al erosionarse sus prerrogativas especiales de su estatus laboral se esperaba un cambio de la regulación unilateral a la regulación conjunta de la contratación, sobre todo en la negociación colectiva para determinar los nuevos términos y las condiciones de trabajo; el cambio de modelo significó para el Estado empleador aceptar la existencia del contrato privado y la intervención sindical en la forja de mejores condiciones de trabajo, así como aceptar por los actores de la nueva relación contractual una mayor capacidad de respuesta a las cambiantes condiciones del mercado laboral, avizorándose una fuerte descentralización de la estructura de la negociación colectiva y la pérdida de importancia de la antigüedad y trayectorias profesionales para dar paso a la revaloración del mérito y rendimiento de los empleados individuales⁽⁵⁾.

Sin embargo, más recientemente, Bordogna y otros autores, a la vez que informan que para algunos teóricos el empleador del Sector Público es básicamente una institución intrínsecamente política, con lógicas de acción diferentes al del empleador del Sector Privado, manifiestan que son excépticos respecto de lo que denominan “inocentes expectativas de un proceso mundial de convergencia”, así

(4) TREU, Tiziano y varios. *Relaciones de trabajo en la Administración Pública. Tendencias y perspectivas*. 1ª ed., OIT, Ginebra, 1993, p. 39 y ss.

(5) BORDOGNA, Lorenzo. Ob. cit., pp. 221 a 224.

como críticos de las debilidades teóricas de este enfoque, ya que estiman no hay una tendencia en dicho sentido, sino una variedad de reformas del Sector Público con diversos grados de intensidad y con diversos efectos en la implementación de la filosofía de la nueva gerencia pública, dependiendo de las características institucionales de la administración pública en un país o en un conjunto de ellos. De ese modo, de su observación de las experiencias ocurridas en algunos países europeos en las dos últimas décadas, concluye que el expectante proceso de convergencia no ocurrió, o en todo caso se manifestó en grados leves; a pesar de las tendencias comunes, para él Europa sigue siendo “un mosaico de diversidades”, incluso en las relaciones laborales del sector público: sigue la divergencia sobre el status legal especial de los empleados públicos en contraposición a los privados, dicho estatus especial ha sobrevivido en muchos países asociado a la limitación y hasta exclusión del derecho de negociación colectiva que se muestra bastante débil en temas cruciales como son los salariales, incluso se dan en algunos países situaciones ciertamente eclécticas donde funcionan instituciones revisoras del salario que propiamente no constituyen ni regulación unilateral ni negociación colectiva. En suma, sostiene que no existe un proceso mundial de convergencia, que las relaciones del servicio público siguen ancladas en las tradiciones culturales, legales y administrativas que dificultan cualquier proceso convergente, por lo menos en el corto y mediano plazo⁽⁶⁾.

En el caso del Perú, las posiciones frente a las tesis divergentes, convergentes o mixtas de los regímenes laborales clásicos, se han dado en el contexto de la lucha teórica sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público. El debate doctrinario ha sido intenso: de las teorías privatísticas se pasó a las teorías publicistas, y de allí a las categorías laborales. Como muestra, haremos referencia solo a algunos autores.

Ruiz Eldredge, después de estudiar las teorías existentes hasta esa época sobre la naturaleza jurídica de la relación Estado-agente (**Teorías privatistas:** del mandato, locación de servicios, contrato innominado de Derecho Civil; **Teorías publicistas:** política, estatutaria, contrato de derecho público, acto bilateral; y, **Teoría mixta**), asumiendo claramente las posiciones de Cabanellas, De Ferrari, Caldera y otros respecto de que la prestación de servicios es independiente de los fines del empleador o sus empresas, opta claramente por la relación de trabajo (personal, subordinada y remunerada), porque el Estado es un empleador y el empleado público es un trabajador subordinado⁽⁷⁾.

(6) *Ibidem*, pp. 222 y 225 a 228.

(7) RUIZ ELDRIDGE, Alberto. *Manual de Derecho Administrativo*. Temática esencial. Cultural Cuzco, Editores, Lima, 1990, pp. 139 a 156.

De lo trabajado por el autor precitado en relación a las teorías, pensamos que son de destacar las siguientes ideas: La relación jurídica-funcionarial era considerada al principio como un contrato traslativo con efectos reales a favor del beneficiario, o un contrato de mandato para los funcionarios y de locación de servicios para los empleados comunes. A continuación se comenzó a privilegiar la teoría política y el cuidado del interés público con un funcionario con real vocación de servicio. Luego, Jellinek y una pléyade de grandes autores desarrollaron la teoría del contrato de Derecho Público, que consideraba el contrato como un acto bilateral con preeminencia del Estado. Dentro de las teorías contractualistas destacó la propuesta de Rafael Bielsa como contrato administrativo de adhesión, pero este último estaba de algún modo emparentado con las teorías publicistas, pero con la diferencia de que en el contrato de derecho público la preeminencia del Estado es absoluta y sin limitaciones, mientras que en el contrato administrativo la preeminencia queda condicionada al pliego de condiciones contractuales, ya que no existe incompatibilidad en la desigualdad de las partes para la contratación, siempre que se protejan equilibradamente los intereses en juego. Luego vino la teoría del contrato de trabajo, que como ya se dijo es defendida también por Ruiz Eldredge⁽⁸⁾.

Bacacorzo dedica un capítulo al estudio del trabajador público en actividad, comenta las corrientes privatista, publicista y ecléctica, tomando partido por la teoría estatutaria⁽⁹⁾.

Guerra está de acuerdo en parte con Ruiz Eldredge, ya que considera que en el servicio del Estado hay algunos agentes y actividades que ameritan una reubicación en el ámbito jurídico, por lo que “todo el personal que esté en relaciones indirectas con el ejercicio del *jus imperium* y que realicen meras labores de gestión deben subordinarse en relaciones jurídico-laborales”. Empero, deslinda señalando que no cree la teoría del contrato de trabajo satisfaga la explicación de la naturaleza de la relación jurídica funcionarial, defiende más bien la teoría administrativista estatutaria, sin dejar de reconocer que se pugna por un acercamiento vacilante a las categorías laborales⁽¹⁰⁾.

Para Neves existen tres fases en la evolución o configuración de los regímenes laborales privado y público: en la primera, donde se ubica claramente la

(8) *Ibidem*, p. 154 y ss.

(9) BACACORZO, Gustavo. *Derecho Administrativo del Perú*. Tomo I, Editorial Cuzco, Lima, 1992, pp. 473 a 480.

(10) GUERRA CRUZ, Guillermo. “*Función pública*”. *El personal al servicio del Estado*. UPAO, Trujillo, 1994, pp. 29 a 40.

Ley N° 11377, se consideró relación laboral a la que se establecía en la actividad privada y la relación de empleo público fue asignada al Derecho Administrativo (tesis unilateralista donde aparece más ventajosa la regulación de los aspectos individuales –estabilidad laboral– y perjudicial en los aspectos colectivos por expresa prohibición de derechos en este campo); en la segunda, a partir de la Constitución de 1979 y el D.L. N° 276, se asume la tesis contractualista del empleo público, donde en esencia mejora en parte el tratamiento individual de la relación al aparecer la estabilidad laboral para los trabajadores privados y los derechos colectivos, con múltiples limitaciones, para los empleados públicos: y, la tercera fase, materializada en la Constitución de 1993 (tercera disposición final y transitoria), donde se extendió la regulación laboral del Sector Privado primero a los trabajadores de las empresas del Estado y después a los propios poderes del Estado y organismos autónomos. De todos modos, dicho autor muestra su preocupación por los problemas que podría acarrear la privatización del empleo público y aboga porque dicha institución no desaparezca⁽¹¹⁾.

Balbín Torres, con un enfoque sociológico-jurídico destaca en su obra que la evolución de la noción de Estado liberal a Estado social y democrático fue el contexto en el cual evolucionó la relación de trabajo de los empleados públicos⁽¹²⁾, siendo de destacar a mi juicio las siguientes ideas fuerza: a) La tesis unilateralista y autoritaria de la relación de empleo público tiene raíces históricas precedentes a la regulación autónoma del contrato de trabajo, de allí que el Derecho Administrativo insufló dicha relación jurídica de acuerdo a sus concepciones liberales; b) El cambio de modelo del Estado liberal al Estado social propició la interacción del derecho laboral y el constitucionalismo social, imponiendo la tesis del intervencionismo estatal y la revaloración de los derechos fundamentales, que luego desembocó en la apertura de las reflexiones hacia la existencia de un contrato especial de trabajo; c) La tesis estatutaria se basó en dos postulados fundamentales: la unidad de la organización administrativa y la “sacralización” de la “función administrativa” y las denominadas rigidez externa (ingreso por méritos y extinción del contrato solo por causas objetivas, lo que conformó un plus de protección que de alguna manera armonizó con los derechos fundamentales), y rigidez interna (primacía de la voluntad unilateral del Estado en la constitución

(11) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 1ª ed., Ara Editores, Lima, 1997, pp. 46 a 48.

(12) BALBÍN TORRES, Edgardo. *Unilateralismo y negociación colectiva en la Administración Pública*. 1ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pp. 14 a 16 y 219 a 222. Se puede ver también PUNTRIANO ROSAS, César. “El régimen de contratación administrativa de servicios: de la rigidez del unilateralismo a la deslaboralización”. En: *Laborem*. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 9, Lima, 2010, pp. 95 a 110.

de la relación empleaticia y en la determinación de su contenido exclusivamente por ley o reglamento, que derivó en la proscripción de los derechos colectivos); d) Muchos Estados han abandonado la tesis unilateralista por la tesis contractualista, considerándola en igualdad de condiciones con la relación empleaticia del régimen privado, sin perjuicio de reconocer sus propias particularidades que instan a regularlo como un contrato especial; y, e) El Perú y otros países de América han recibido mucha influencia de los sistemas estatutarios de raíz europea continental, sobre todo del modelo francés y español, a diferencia del Derecho Administrativo anglosajón que prefirió los sistemas abiertos con receptividad a la negociación colectiva, esto llevó a que el unilateralismo estatal se convierta en el centro y eje de articulación de las relaciones laborales de empleo público en los sistemas cerrados, resultando renuentes o poco receptivos al pluralismo normativo de raíz anglosajona.

Zegarra Valdivia, desde otra perspectiva, también ha realizado un amplio estudio sobre la configuración histórica y la teoría del servicio público, contextualizándolo con el servicio público francés, español y comunitario en general para terminar analizando el servicio público en el sistema jurídico peruano y su variada problemática. Interpretando y asimilando parte de sus desarrollos teóricos podemos colegir preliminarmente lo siguiente: a) La crisis de la noción clásica del servicio público se debe además de las causas exógenas (entre otras, la influencia del Derecho del Trabajo en la configuración de las tesis laboralizantes), a causas endógenas concomitantes, producidas como consecuencia de la aparición y cada vez más desarrollo de servicios públicos parcial o íntegramente sujetos al derecho privado, con lo que se quebró el pilar estructural que la doctrina había construido: la equiparación entre servicio público y régimen de Derecho Público; b) Con relación a la aplicación de un régimen de Derecho Público o de Derecho Privado a los servicios públicos, habría que seguir retrabajando el tema por su complejidad y evaluar si en definitiva se puede o no reconocer dos tendencias: una que consagre un régimen de servicios públicos de gestión pública, en el cual se aplique el Derecho Administrativo y los institutos del Derecho del Trabajo relacionados con el régimen de contratación laboral y sus consecuencias jurídicas, así como un régimen de servicios públicos de gestión privada donde se aplique el Derecho del Trabajo sin cortapisas; c) La doctrina, legislación y jurisprudencia peruana no han sido claras en aportar un concepto técnico jurídico estricto del servicio público y han tenido planteamientos teóricos demasiado genéricos, como ocurrió en el caso de los aportes sobre esta temática al Derecho Administrativo con los desarrollos contenidos en las obras de Bacacorzo, Patrón Faura, Patrón Bedoya y otros autores; d) A pesar de las influencias francesa y española en nuestro Derecho Administrativo en estos grandes temas, en el Perú no se

produjo una “crisis de la noción del servicio público” porque, entre otras causas, no estaba bien delimitado el criterio de la jurisdicción, que en lo contencioso-administrativo es de reciente data en el Perú; y, e) A pesar de lo dicho, entre nosotros el régimen jurídico del servicio público, en cada actividad considerada como tal, tiene marcos jurídicos parcelarios, fraccionados, como producto o respuesta a necesidades regulatorias urgentes o a conflictos sociales y/o jurídicos presentados en cada realidad concreta⁽¹³⁾.

Por su parte, Quintana y Rodríguez, al concluir uno de sus trabajos se preguntan en la conclusión: ¿hacia un régimen unitario en el servicio público? En vía de respuesta hacen referencia a las amarguras y problemas comparativos que genera la división de entes públicos de funcionarios y trabajadores con distintos regímenes jurídicos y señalan que las tesis equiparacionistas consolidan el empleo público capaz de modernizar la gestión de los recursos humanos en la perspectiva de diseñar una relación laboral especial, una de cuyas consecuencias sería la socialización judicial de las relaciones laborales en la función pública y la atracción hacia el orden jurisdiccional de las controversias individuales y colectivas entre la administración y sus servidores, superando la duplicidad existente⁽¹⁴⁾.

Morales Corrales sostiene respecto del régimen laboral público que: “Hoy podría decirse que más son los organismos públicos en general cuyos servidores han sido incorporados por ley expresa al régimen laboral de la actividad privada, que aquellos que continúan comprendidos en la carrera administrativa”. Al analizar las causas de la migración de uno a otro régimen sostiene que fundamentalmente se debió a la flexibilidad normativa que desde los años noventa disponían que frente a un despido injustificado, la única reparación era el pago de una indemnización, mientras que en el Sector Público gozaban de estabilidad absoluta y no podían ser despedidos sin que previamente se haya acreditado la falta grave en sede administrativa. A su juicio, esta flexibilidad en el despido, fue el motivo que jamás debió tenerse en cuenta para la migración al régimen privado y que en todo caso debió primar el motivo, con visión futurista, de una incorporación paulatina a un régimen laboral único que omitiese la calificación de privado, debiendo regularse en capítulos especiales un tratamiento

(13) ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El servicio público. Fundamentos*. 1ª ed., Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005, pp. 71 a 102 y 304a 351.

(14) QUINTANA LÓPEZ, Tomás y RODRÍGUEZ ESCANCIANO. “El empleo público: función pública y contratación laboral”. En: OBRA COLECTIVA. *Temas actuales de Derecho Administrativo*. Editora Normas Legales S.A.C., Trujillo, 2006, pp. 155 a 185.

singular de aquellos aspectos propios que surgen como consecuencia de estar frente al Estado empleador⁽¹⁵⁾.

Pasco Cosmópolis, luego de diferenciar algunos matices entre los regímenes laborales privado y público, sostiene que con la concepción estatutaria clásica el servidor público tenía menores derechos abstractos y mayores derechos concretos que el trabajador común: no tenía libertad de contratación debido a la exacerbada potestad unilateral del empleador, pero sí tenía grandes privilegios en materia de estabilidad laboral, jubilación y otros beneficios frente al trabajador privado. Hoy la situación es diametralmente diferente: el Estado ha cedido parte de sus prerrogativas unilaterales y el servidor ha perdido muchos o casi todos sus privilegios, aparte de que se ha materializado una notoria aproximación entre ambos regímenes que lleva a preguntarse si realmente existe un factor de diferenciación o se trata de dos manifestaciones de un mismo fenómeno. Concluye afirmando el autor comentado que cada vez el derecho laboral penetra más profundamente en la relación de trabajo público, se trata de una “laboralización de la función pública” porque en realidad no existen diferencias esenciales entre ambos tipos de prestación, estas se dan más en la periferia que en el núcleo de la relación. Por último, estima con mucha claridad, que al menos coexisten dos formas de Derecho Laboral, la que regula las relaciones de tipo privado y la que regula las relaciones entre el Estado y sus servidores⁽¹⁶⁾.

Nuestro punto de vista frente a las teorías desarrolladas lo resumimos de este modo: las tesis convergentes y divergentes no están bien planteadas, aunque históricamente tienen inmenso valor y han sido un gran aporte a la teoría del derecho. La existencia del contrato de trabajo en el servicio público, ya innegable a estas alturas, no significa una victoria de las tesis convergentes sino una evolución dialéctica de nuestras percepciones, pero ello no puede llevarnos al error de desconocer la situación “sui generis” y con el carácter de especialísima de la relación de empleo público.

Por otro lado, todo esto pone en tela de juicio nuestra clasificación de los regímenes laborales, porque sucede que al interior de un régimen surgen otros regímenes. Por ejemplo, en el régimen laboral privado hay regímenes especiales de trabajo, al igual que en el régimen laboral público, donde se habla de carreras especiales. Urge una revisión teórica sobre el particular.

(15) MORALES CORRALES, Pedro. “Los servicios no personales y el empleo público”. En: *Laborem*. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N° 9, Lima, 2010, pp. 61 a 62.

(16) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Ob. cit., pp. 113 a 120.

III. EL TRATAMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DURANTE EL GOBIERNO DE HUMALA TASSO

En los documentos de trabajo preparados por el Servir se habla de cuatro reformas del servicio civil en el Perú (en realidad se refieren a los últimos decenios), considerando como la cuarta a la de 2008 hasta la fecha, es decir, al parecer se intenta hacer una sola secuencia y unidad entre los D.L. N°s 1023, 1024, 1025, 1026 y 1057 y la implementación previa de la Ley del Servicio Civil. Humala ha continuado con la reforma salarial de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, luego siguió con la Ley del Servicio Civil y en setiembre de 2013 avanzó más promulgando el D.L. N° 1153, de 11/09/2013, denominado Política Integral de Compensaciones y Entregas Económicas del Personal de la Salud al Servicio del Estado, abrumado y apurado con la larga huelga sostenida por los médicos que exigían el cumplimiento de las actas de compromiso suscritas con las autoridades del Ministerio de Salud. Si bien es cierto estas normas necesitan un tratamiento más reflexivo, inquisidor y comparativo; también lo es que tienen varias contradicciones y desencuentros comparativos que traslucen soluciones de coyuntura y respuestas algo más que coyunturales a las demandas de las masas laborantes.

1. Principales manifestaciones sectoriales en la legislación y jurisprudencia

A nuestro modo de ver, hay tres hitos importantes en la legislación emitida en lo que va del actual periodo gubernamental: a) Los D.L. N° 1132 (reglamentado por el D.S. N° 013-2013-EF) y N° 1133, publicados el 09/12/2012, referidos a la reforma remunerativa y de pensiones de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y nuevos modelos salarial y pensionario para los policías; b) La Ley del Servicio Civil N° 30057 y sus reglamentos; y, c) D.L. N° 1153, de 11/09/2013, sobre política integral de compensaciones y entregas económicas del personal de la salud al servicio del Estado.

Ampliando lo dicho en la última parte del numeral 3 precedente, debemos recalcar que desde el punto de vista remunerativo se aprecian más avances, cierto que no claros del todo en cuanto a qué es lo que se pretende en el tratamiento de las remuneraciones de los policías y los médicos. En el caso del personal de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales se ha regulado sobre la remuneración consolidada, bonificaciones y beneficios, y en el caso del personal de la salud, ya más en armonía con la Ley N° 30057, se desarrolla también las compensaciones (principal, ajustada y priorizada), pero ya con énfasis en las diversas clases de bonificaciones, tal como se ha hecho con las fuerzas armadas, y en la valorización priorizada.

Otro hito que queremos resaltar en este periodo, de carácter no gubernamental, es la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 11/09/2012, Exp. N° 03919-2010-PC/TC-LAMBAYEQUE, donde se ha declarado fundada la demanda sobre homologación de los Jueces Superiores, Especializados o Mixtos y de Paz Letrados, disponiendo se les pague el 90 %, 80 % y 70 % de los ingresos totales de los Jueces Supremos. Claro que este caso ha sido resuelto de conformidad con la legislación vigente y no actualizada de la época en que se sucedieron los hechos, pero de hecho es otro detonante que demuestra la falta de racionalidad y equidad en los sistemas remunerativos públicos nacionales. Sin embargo, el Congreso aprobó la Ley N° 30125, del 12/12/2013, donde se modificó parte del artículo 186 del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se ha dispuesto que los jueces superiores y de los escalones siguientes percibirán solo el 80 %, 62 % y 40 %, respectivamente, estableciéndose tres tramos para llegar a dicho porcentaje y que los bonos por función jurisdiccional y gastos operativos no tenían carácter remunerativo; el D.S. N° 314-2013-EF, prescribió cuál era el monto de las remuneraciones básicas, el bono jurisdiccional y gastos operativos. A contraccorriente, el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, realizado en Lima en mayo de 2014, acordó que los bonos por función jurisdiccional y función fiscal tienen naturaleza remunerativa y pensionable, por lo que son computables para el cálculo de la CTS y las pensiones de los jueces.

2. Breves reflexiones sobre la temática contraprestativa en la Ley de Servicio Civil

2.1. Antecedentes

Con una visión multidisciplinaria y hasta dramática, los equipos de funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con los del Servir, han hecho un estudio esclarecedor sobre los antecedentes y los desafíos para la reforma⁽¹⁷⁾, de manera que vamos a ordenar, sintetizar y casi a transcribir algunas ideas que consideramos fundamentales:

- a) El análisis del servicio civil peruano en cifras entre los años 2010-2011 arroja los siguientes principales resultados: i.- Hay 1'329,000 servidores públicos y estos constituyen en 8,9 % de la PEA; ii.- Los varones representan el 57 % y las mujeres el 43 %, de todos ellos el 27 % frisa entre los 30 y 40 años, el 32 % tiene entre 40 y 50 años y el 18 % tiene entre 50 y 60 años (dato importante para el Derecho de

(17) Documento virtual colgado en la página web de Servir (<www.gob.pe>): *El servicio civil peruano. Antecedentes, marco normativo actual y desafíos para la reforma*, mayo de 2012.

la Seguridad Social); la edad promedio del conjunto de servidores públicos es de 41 años; iii.- Del total enunciado pertenecen al régimen del D.L. N° 276 el 16 %, al D.L. N° 728 el 7 %, al CAS el 17 %, a las carreras especiales el 59, 11 %, y a otros el 1 %; iv.- Si tomamos de manera específica solo a los servidores de las carreras especiales y los convertimos en el 100 % del área, tenemos que pertenecen a Educación el 57 %, a las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales el 26 %, a Salud el 15 %, y a la Magistratura y la Diplomacia el 2 %; v.- Sin considerar las carreras especiales, los servidores públicos son cerca de 560,000, ubicados en el gobierno central, gobiernos regionales y locales, de ellos el 44 % está en el CAS, el 40 % en el D.L. N° 276 y el 16 % en el D.L. N° 728

- b) Se señala en el Resumen Ejecutivo del documento que en la actualidad existen quince regímenes laborales en las entidades del Estado, entre generales y especiales, que conllevan un desorden en la Administración Pública porque implican diferentes deberes y derechos para los servidores públicos. Los regímenes generales son tres: D.L. N°s 276, 728 y 1057. Los regímenes especiales según Servir son doce: profesionales de la salud, técnicos y auxiliares asistenciales de salud, magisterio nacional, docencia universitaria, diplomáticos, Poder Judicial, Fuerzas Armadas, Policía Nacional, penitenciario, Ministerio Público, sin carrera con vínculo laboral y sin carrera con vínculo civil.
- c) Existen más de 500 normas sobre el servicio civil, más de 102 escalas remunerativas en 82 actividades del Poder Ejecutivo, más de 400 reglas diferentes que regulan el pago de los servidores públicos y más de 198 conceptos de pago entre remunerativos y no remunerativos.

Frente a este complejo panorama, era justo, necesario, oportuno y urgente que se dicte una nueva Ley del Servicio Civil, en sustitución del D.L. N° 276 que ya pasó las tres décadas de vigencia.

2.2. Breves reflexiones sobre los aspectos contraprestativos

- i) La reforma propuesta, al margen de cualquier discrepancia técnica o ideológica con sus mentores, es de gran envergadura y relevancia nacional. El último intento serio, orgánico y trascendente de reforma (fracasada) del servicio público ocurrió con el D.L. N° 276, en 1982.

La contenida en la Ley N° 30057, siempre y cuando se sometan a prolija revisión muchos de sus puntos neurálgicos, puede ser otro de los grandes hitos reformadores en ese campo si es que realmente llega a funcionar. Han pasado más de treinta años para que un gobierno intente tomar las cosas en serio y con valentía, ello es de gran mérito en un país tan fraccionado como el nuestro.

- ii) Uno de los puntos ardorosamente combatidos y donde se advierten claras inconstitucionalidades es el de la negociación colectiva y los derechos colectivos en general (arts. 40 a 45), sobre todo en los acápite donde se indica que ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos, que los trabajadores pueden solicitar mejoras en sus compensaciones no económicas o de condiciones de trabajo o de empleo, por ejemplo, que les mejoren los uniformes o les pinten los ambientes, que la huelga solo se puede ejercer después de agotados los mecanismos de negociación o mediación, etc., etc., Este tema es delicadísimo y altamente polémico, a pesar de que el Tribunal Constitucional ha “resuelto” en forma desacertada que en este extremo no hay violación constitucional, con tres votos a favor y tres votos en contra que le quitan toda legitimidad a la primera sentencia emitida sobre diversas acciones de inconstitucionalidad de la referida ley cuya solución sigue pendiente.
- iii) En la Ley del Servicio Civil, N° 30057, cap. IV, arts. 28 al 34, se regula las compensaciones, entendiéndose por tales al conjunto de ingresos y beneficios que la entidad destina al servidor para retribuir la prestación de sus servicios. Dicha compensación se divide en dos partes: económica (en dinero, por la actividad realizada en un puesto), y no económica (constituida por los beneficios otorgados para motivar y elevar la competitividad del servidor y que no es de su libre disposición). La compensación económica está compuesta por las valorizaciones principal (componente económico directo de la familia de puestos), ajustada (que se otorga al puesto según la entidad y en función de criterios de jerarquía, responsabilidad, presupuesto y personal a cargo y alcance de sus decisiones, se podría decir, guardando las distancias, que es algo similar al bono-*ranking* del régimen privado), vacaciones y aguinaldos de Fiestas Patrias y Navidad, y priorizada (responde a situaciones atípicas en el desempeño del puesto, como son accesibilidad geográfica, altitud, riesgo de vida, riesgo legal o servicios efectivos en el extranjero. Esta

última no constituye remuneración y no está sujeta a cargas sociales de seguridad social en salud, pensiones e impuesto a la renta).

- iv) Parece ser que la intención de los gobernantes es establecer un sistema único de remuneraciones principales (que en realidad van a pasar a ser las básicas) y las ajustadas (por eso es que en el art. 31.3 se precisa que las bandas remunerativas de puestos consideran únicamente la valorización principal y la ajustada); pero no piensa extenderlo a la valorización priorizada, pero, claro, entendida por nosotros como familia de puestos en aplicación de la regla de consistencia intergubernamental. Para las carreras especiales ya se están implementando otros sistemas, tal como ha ocurrido con las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y muy recientemente con los profesionales de la salud, conforme se detalló *supra*, que convergen y divergen del de los servidores civiles de carrera. Este es un punto neurálgico del sistema si tenemos en cuenta que la Ley N° 30057 tendrá que aplicarse supletoriamente, o por lo menos servir de orientación y norte a las demás carreras.
- v) La locución “compensación” resulta confusa, porque la Constitución menciona y distingue la remuneración y los beneficios sociales. Dentro de las varias teorías que existen sobre el particular nosotros somos partidarios de la teoría que considera una relación de interferencia entre la remuneración (y los conceptos no remunerativos) y los beneficios sociales: hay remuneraciones que son beneficios sociales y hay beneficios sociales que no son remuneración. A nuestro modo de ver, cuando el artículo 28 de la LSC toca el tema de las compensaciones está tergiversando la Constitución y las instituciones básicas de la contraprestación. Si es que se quiere usar la locución “compensación” solo para distanciarse del régimen laboral privado donde su uso es clásico e inveterado, me parece un simple subterfugio, similar a la frase separatista de “subvención” que se utiliza en la Ley de Modalidades Formativas Laborales.
- vi) Fuera del tratamiento de los temas precitados, así como las modificaciones a la compensación por tiempo de servicios, técnicamente, en materia de compensaciones, la LSC y su reglamento general, D.S. N° 040-2014-PCM, de 11/06/2014, no dan mayores luces ni respuestas, y no podía ser de otra manera porque técnicamente, desde el punto de vista de la teoría y práctica del manejo de recursos

humanos, no es posible hablar de escalas salariales ni de bandas remunerativas si es que primero no se implementan las escalas y las familias de puestos, es decir, tiene que haber todo un desarrollo del sistema administrativo de gestión de recursos, cuyos procesos de planificación de políticas, organización del trabajo a través del diseño y administración de puestos, gestión del empleo y del rendimiento, preceden a la gestión de las compensaciones, lo cual va a demandar un largo periodo de implementación de esta primera etapa.

Algunas conclusiones preliminares

Primera.- Los regímenes laborales público y privado no son irreconciliables, pero tampoco pueden ser indiferenciados ni pasibles de fusión a estas alturas del desarrollo de las ciencias jurídicas en general y del Derecho del Trabajo en particular. Hay que relativizar la polémica sobre la convergencia y la divergencia de los dos regímenes, no hay tal, lo que hay es un paralelismo, una bipolaridad y mutuas retroalimentaciones entre ambos.

Segunda.- La polémica entre las tesis unilateralista y contractualista de la relación de empleo público no ha resultado del todo halagüeña ni debidamente abordada, quizá por dichas razones ha llevado a la doctrina jus-laboral a situaciones de intolerancia mutua. El reconocimiento de la relación laboral en el sector público es a estas alturas innegable, pero ello de ningún modo significa que el régimen laboral público va a ser absorbido por el régimen laboral privado. Cada uno tiene su propia personería y sus particularidades intransferibles.

Tercera.- Los mentores de la LSC y su reglamento general parecen no tener aún del todo claro la forma y modo en que funcionarán los diversos componentes de la llamada compensación económica y no económica, sobre esto aún hay muchas sombras y pocas luces, por lo que urgen definiciones para que poco a poco también se intente resolver la caótica situación y las inequidades e injusticias que se presentan en las llamadas carreras especiales.