



DERECHO ADMINISTRATIVO VS. DERECHO LABORAL

Una aproximación a la doble dimensión del empleo público a cargo del Tribunal del Servicio Civil(*)

Daniel MENDOZA RUBINA

Abogado en el Tribunal del Servicio Civil.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 39 de la Constitución Política de 1993 establece: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley”. La referida disposición constitucional hace mención a los “trabajadores públicos” en función a su vocación de servicio (relación de trabajo), y a la jerarquía que existe entre los funcionarios públicos⁽¹⁾, por lo que comentaremos la doble dimensión de las normas legales (administrativa/laboral) que el Estado utiliza para la contratación de personal.

Con el paso del tiempo, se han dado diversas reformas laborales estatales, unas más complejas que otras, creando finalmente el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, a cargo de la Autoridad de Servicio Civil, en adelante, SERVIR.

RESUMEN

En el presente artículo, el autor analiza la relación entre el Derecho Administrativo y el Derecho Laboral en el momento de su aplicación del Tribunal del Servicio Civil, dado que este Colegiado, siendo un Tribunal Administrativo, aplica instituciones propias del Derecho Laboral, estableciendo la administrativización de los derechos laborales de los trabajadores estatales, ya que cada institución de la legislación laboral (privada) es sometida a las actuaciones administrativas por parte del empleador estatal, teniendo la doble dimensión que mencionamos, por lo que a la hora de afrontar un procedimiento administrativo de carácter disciplinario debemos tener en cuenta tanto los principios propios de la Ley N° 27444 como las características inherentes de las figuras del Derecho Laboral.

Cuando se creó SERVIR, ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, mediante el Decreto Legislativo N° 1023⁽²⁾, este creó a su vez, al Tribunal del Servicio Civil, en adelante el TSC, para conocer en vía de apelación las siguientes materias conforme al artículo 17:

- a) Acceso al Servicio Civil.
- b) Pago de retribuciones⁽³⁾ (competencia derogada).
- c) Evaluación y progresión en la carrera.

d) Régimen disciplinario; y,

e) Terminación de la relación de trabajo.

Como vemos, el TSC es competente para conocer en segunda y en **última instancia administrativa** el recurso de apelación interpuesto por los servidores públicos ante las entidades de la administración pública desde el 15 de enero de 2010, siempre y cuando versen sobre las materias establecidas del artículo 17 de la norma citada con anterioridad (fundamento N° 23 de la Resolución de Sala Plena N° 001-2010-SERVIR/TSC)⁽⁴⁾.

(*) Dedicado a P.M.O.F.

(1) AROSTEGUI HIRANO, José Antonio. *La Constitución comentada*. Tomo I, Gaceta Jurídica, 2005, p. 658.

(2) Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 21 de junio de 2008.

(3) Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.

Disposiciones complementarias finales

“Centésima tercera.- Deróguese el literal b) del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos”.

(4) Resolución que constituye precedente de observancia obligatoria, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de agosto de 2010.



II. EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL TSC

Para el siempre consultado Dr. Juan Carlos Morón Urbina⁽⁵⁾, existen dos tipos de relaciones de administrados con el Estado. Una es la relación de sujeción general, es decir, el administrado es cualquier persona, no teniendo ningún vínculo en común con el Estado; y la otra es de sujeción especial, donde el administrado tiene una relación particular con el Estado, como por ejemplo, de carácter laboral. En este tipo de relación de sujeción especial, el administrado debe soportar niveles más intensos de intervención administrativa, porque la administración pública ejerce el *ius puniendi* sobre los propios administrados (como en el caso del procedimiento sancionador a los trabajadores públicos).

Teniendo en cuenta el régimen de sujeción especial donde se encuentran los empleados públicos y la administración, pasemos a revisar la naturaleza jurídica del TSC. El TSC (y cualquier otro tribunal de las entidades públicas) posee competencias con base en el marco legal habilitante, es decir, como órgano colegiado directivo⁽⁶⁾ resuelve conflictos individuales de los servidores públicos en caso no estén conformes con lo dictaminado por la Oficina de Recursos Humanos, el titular de la entidad o quien haga sus veces en primera instancia, por lo que en caso resolviera otras materias que no estén dentro de su marco de actuación, los pronunciamientos que emita serían nulos de pleno derecho, esto es, con base en el artículo 10 de la Ley N° 27444⁽⁷⁾, ya que sus “resoluciones” constituyen actos administrativos, la institución por excelencia del Derecho Administrativo. Podemos ver que el Derecho Administrativo no solo es la base de existencia del TSC, sino su contenido a la hora de pronunciarse sobre las materias señaladas anteriormente.

Por otro lado, la Resolución de Sala Plena N° 002-2010-SERVIR/TSC⁽⁸⁾ define al régimen de carrera administrativa (Decreto Legislativo N° 276) como de naturaleza estatutaria, porque aun teniendo en su contenido derechos laborales, su

“**Cuando surge un conflicto entre el trabajador público y la entidad a la que pertenece, por lo general resultan ser conflictos de carácter laboral.**”

esencia no deja de estar dentro del Derecho Administrativo, por lo que se aprecia la doble dimensión de ambas ramas.

1. El Derecho Laboral y su relación con el TSC

En nuestro ordenamiento jurídico, el Estado tiene un menú variado de regímenes laborales para sus trabajadores⁽⁹⁾, creando confusión tanto en los trabajadores públicos como en la opinión pública. Los regímenes laborales son: el Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; Decreto Legislativo N° 728 - Régimen de la actividad privada; Decreto Legislativo N° 1057 - Régimen Especial de Contratación Administrativa, trabajadores independientes conocidos como SNP (servicios no personales/locadores de servicios); y recientemente la Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil. Si bien es cierto la primera disposición complementaria transitoria de la Ley del Servicio Civil⁽¹⁰⁾ prescribe la implementación total de este nuevo régimen laboral en un plazo de seis (6) años, en la actualidad coexisten

paralelamente estos regímenes con aquellos regímenes especiales de carrera (policías, militares, diplomáticos, docentes universitarios, profesionales de la salud, etc.), creando confusiones y, a su vez, diferencias salariales entre los propios trabajadores estatales.

Ahora bien, nos preguntamos por qué el TSC tiene relación con el Derecho Laboral. La respuesta a esta interrogante tiene que ver con dos puntos: 1. los regímenes laborales estatales son la concreción del servicio a la nación (artículo 39 de la Constitución Política de 1993), ya que estos no solo tienen naturaleza de Derecho Administrativo, sino también de Derecho Laboral al permitir al trabajador público gozar de los beneficios propios según su régimen; y 2. la protección de estos regímenes laborales en la vía administrativa (agotando las instancias ante las entidades) y la protección judicial, a través del proceso contencioso-administrativo (artículo 148 de la Constitución Política).

III. FUNDAMENTO JURÍDICO DEL TSC CON LOS REGÍMENES ESTATALES

Cuando surge un conflicto entre el trabajador público y la entidad a la que pertenece, por lo general resultan ser conflictos de carácter laboral, como por ejemplo: se le impuso una sanción al trabajador por la comisión de una falta por incumplir sus labores, tardanzas reiteradas, infringe normas del reglamento interno de trabajo o el Manual de Organización y Funciones, etc.

(5) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 9ª edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 689.

(6) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Tratado de la Administración Pública*. Caballero Bustamante, Lima, 2011, p. 147.

(7) Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General
“Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez (...).”

(8) Resolución que constituye precedente de observancia obligatoria, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de agosto de 2012.

(9) En España, debido a su estructura de Estado regional, podemos ver que existe la Ley 7/2007, de 12 de abril, que creó el Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP), marco general del régimen del empleo público, teniendo más regímenes especiales, así como las leyes de las comunidades autónomas, entidades locales, etc. Véase en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. 2ª edición, Tomo I, Iustel, 2009, pp. 650-653.

(10) Ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil. Primera disposición complementaria transitoria:

“La implementación del régimen previsto en la presente Ley se realiza progresivamente, y concluye en un plazo máximo de seis (6) años, conforme a las reglas de gradualidad que establecen las normas reglamentarias, en el marco de la programación de las leyes anuales de presupuesto”.

Estas formas de sancionar a un trabajador se materializan a través de un procedimiento administrativo, del cual podemos encontrar la definición en el artículo 29 de la Ley N° 27444⁽¹¹⁾, y en el inciso 3 del artículo 229⁽¹²⁾ del citado cuerpo legal.

A raíz de la creación del TSC, el Decreto Legislativo N° 1023 dispuso en su tercera disposición complementaria final los regímenes laborales que comprenden el Sistema de Gestión de Recursos Humanos a cargo de SERVIR, por lo que se modificaron diversas normas legales de los regímenes laborales que mencionaremos a continuación, estableciendo al TSC como órgano de última instancia administrativa. Pasamos a mencionarlas.

El artículo 33 del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, establece lo siguiente: “El servidor que se considere afectado por una sanción podrá interponer recurso de reconsideración o apelación, con cuya resolución quedará expedita el recurso ante el respectivo Consejo Regional del Servicio Civil o Tribunal de Servicio Civil, según corresponda”.

El artículo 125 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Carrera Administrativa, menciona: “Ante resoluciones que afecten sus derechos, los funcionarios y servidores tienen expeditos los recursos impugnativos establecidos en las normas generales de procedimientos administrativos. Asimismo, tienen derecho a recurrir ante el respectivo Consejo Regional del Servicio Civil o Tribunal del Servicio Civil, según corresponda”.

El artículo 16 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, estipula:

“Los conflictos derivados de la prestación de los servicios regulados por el Decreto Legislativo N° 1057 y el presente reglamento son resueltos por el órgano responsable al que se refiere el artículo 15 del presente Reglamento.

A raíz de la creación del TSC, el Decreto Legislativo N° 1023 dispuso en su tercera disposición complementaria final los regímenes laborales que comprenden el Sistema de Gestión de Recursos Humanos a cargo de SERVIR.

Contra la resolución emitida por dicho órgano cabe interponer recurso de apelación, cuya resolución corresponde al Tribunal del Servicio Civil, cuando se trate de materias de su competencia, o en caso contrario, al superior jerárquico del órgano emisor del acto impugnado.

Agotada la vía administrativa, se puede acudir a la sede judicial conforme a las reglas del proceso contencioso administrativo”.

Asimismo, el Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral⁽¹³⁾, en el Tema N° 1: Tutela procesal de los trabajadores del sector público, el Pleno acordó por unanimidad que el órgano administrativo competente para el agotamiento de la vía administrativa es el TSC, por lo que queda claro que no solo el TSC es competente para conocer los regímenes laborales del sector público con base en normas legales de los propios regímenes, sino también por pronunciamiento del Poder Judicial.

Para finalizar este punto, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la mixtura entre ambas ramas, tal como lo menciona

en la siguiente sentencia: “Del mismo modo y dada su vinculación con la materia evaluada, es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados”⁽¹⁴⁾.

1. El TSC y sus resoluciones aplicando Derecho Administrativo y Derecho Laboral

En esta parte explicaremos acerca de las resoluciones del TSC que a través del tiempo han empezado a utilizar instituciones propias del Derecho Laboral en el marco del Derecho Administrativo, realizando actuaciones administrativas dentro del procedimiento administrativo disciplinario.

En el Resolución de Sala Plena N° 003-2010-SERVIR-TSC⁽¹⁵⁾, el TSC analiza el principio de inmediatez en el Derecho Laboral peruano, siendo inclusive aplicable en el ámbito de la administración pública en lo concerniente a la carrera administrativa, estableciendo como pauta general de los procedimientos disciplinarios no solo a los trabajadores estatales comprendidos en el régimen de la actividad privada, sino también comprendidos a los regímenes laborales de Carrera Administrativa.

En la Resolución N° 01934-2014-SERVIR/TSC-Segunda Sala⁽¹⁶⁾, el TSC se pronuncia acerca del periodo de prueba aplicable a la administración pública, declarando infundado el recurso de apelación interpuesto

(11) Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

(12) Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 229.- Ámbito de aplicación de este Capítulo

(...)

229.3 La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia”.

(13) Celebrado en Lima los días 8 y 9 de mayo de 2014.

(14) Sentencia recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC, fundamento 17.

(15) Resolución que constituye Precedente de Observancia Obligatoria, publicada en el diario oficial *El Peruano*.

(16) Publicada en la página institucional del Tribunal del Servicio Civil el 6 de noviembre de 2014.



por el señor Juan Ramón Arrisueño Gómez de la Torre contra la Autoridad Nacional Portuaria, ya que el impugnante no superó el periodo de prueba de tres meses establecido en el artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, por lo que no adquirió la protección contra el despido arbitrario al extinguirse su contrato de trabajo con la entidad, antes del vencimiento del periodo de prueba.

En la Resolución N° 01225-2014-SERVIR-TSC-Primera Sala⁽¹⁷⁾, se analiza el permiso de licencia sindical en el sector público, donde el señor Félix Franklin Reátegui Valladolid, Secretario General del Sindicato Único de Trabajadores Contratados de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, solicitó al Rectorado de la universidad nacional, licencia sindical por más de 30 días, por lo que el TSC consideró que al no haber un convenio colectivo favorable, este pedido de permiso sindical está excediendo el plazo máximo legal que establece la norma, este es el segundo párrafo del artículo 32 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que dispone: “A falta de convención, el empleador solo está obligado a conceder permiso para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria a los dirigentes que el Reglamento señale, hasta un límite de treinta (30) días naturales por año calendario, por dirigente; el exceso será considerado como licencia sin goce de remuneraciones y demás

beneficios. Este límite no será aplicable cuando en el centro de trabajo exista costumbre o convenio colectivo más favorable”.

En la Resolución N° 01395-2014-SERVIR/TSC-Segunda Sala⁽¹⁸⁾, el TSC analiza la facultad reglamentaria del empleador estatal de normar la relación de trabajo, dictar los cambios necesarios para la ejecución de la prestación de servicios, así como el establecimiento del horario de trabajo, lo que se conoce como el *ius variandi* del empleador, establecido en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, que establece: “Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de

razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”. Por lo que en el presente caso, el trabajador José Alberto Laos Chung, jefe de la Oficina de Control Institucional de la SUNARP, solicitó a la misma la rotación a otro cargo de igual nivel y jerarquía, por lo que el TSC declaró infundado su recurso de apelación ya que el impugnante, al pertenecer al Sistema Nacional de Control, no solicitó opinión del ente rector del Sistema Nacional de Control, en este caso la Controlaría General de la República.

Como vemos, el TSC siendo un Tribunal Administrativo, aplica instituciones propias del Derecho Laboral, estableciendo la administrativización de los derechos laborales de los trabajadores estatales, ya que cada institución de la legislación laboral (privada) es sometida a las actuaciones administrativas por parte del empleador estatal, teniendo la doble dimensión que mencionamos, por lo que a la hora de afrontar un procedimiento administrativo de carácter disciplinario debemos tener en cuenta tanto los principios propios de la Ley N° 27444 y las características propias de las figuras del Derecho Laboral. ■

(17) Publicada en la página institucional del Tribunal del Servicio Civil el 24 de junio de 2014.

(18) Publicada en la página institucional del Tribunal del Servicio Civil el 10 de julio de 2014.