

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO



“DERECHO DE SINDICACIÓN DE LOS TRABAJADORES  
PÚBLICOS QUE OCUPAN CARGOS DIRECTIVOS Y DE LOS  
DENOMINADOS EMPLEADOS O SERVIDORES DE CONFIANZA”

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social

AUTOR

Fidel Ernesto Babilón Grados

ASESOR

Javier Neves Mujica

JURADO

Daniel Augusto Ulloa Millares

César Abanto Revilla

LIMA – PERÚ

2017

## Agradecimientos



*A mis padres, por todos los valores  
brindados*

Fidel Ernesto Babilón Grados / Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social / Derecho de Sindicación de los Trabajadores Públicos que ocupan Cargos Directivos y de los denominados Empleados o Servidores de Confianza.

## RESUMEN

El objetivo principal de esta tesis es, en primer término, llamar la atención sobre la manera en que es concebida la confianza que sirve de sustento para la incorporación de personas en el ámbito público, dado que si bien la norma pretende definirla como la confianza derivada, de origen político, o técnico, puede finalmente tratarse de la simple lealtad personal, no compatible con el interés público. Entendida como una excepción al mérito para la incorporación o ingreso de personas al aparato estatal, los puestos que las entidades consideran de confianza no exigen la realización de un proceso de selección para ser cubiertos, pero suponen a la vez, para quienes opten o se sometan a esta modalidad de ingreso, la negación de ciertos derechos fundamentales, como el derecho de sindicación, como también el derecho al trabajo o a la estabilidad laboral.

En ese contexto, el presente trabajo pretende, revisar la tendencia actual del ingreso de personas en función de la confianza en el ámbito público, cuyo futuro se encuentra decididamente trazado por la implementación del régimen del servicio civil, el cual ha previsto que la confianza abarque no sólo a los puestos de funcionarios y ciertos directivos, como venía siendo lo tradicional, sino también a puestos equivalentes a servidores de carrera, situación inédita en la regulación del empleo estatal, lo cual exige, en el caso particular del derecho de sindicación, ser compatible con los postulados contenidos en los instrumentos normativos internacionales y la Constitución cuando estos establecen cuáles categorías de trabajadores pueden ser excluidas de dicho derecho, limitando el componente de discrecionalidad que al efecto ostenta la gestión.

La situación acotada no sólo nos puede llevar a evaluar los mecanismos que garanticen el mejor uso de la confianza como mecanismo de acceso al empleo, sino que, bien entendidas las cosas, nos puede exigir, a la vez, revisar, o cuestionar, hasta qué punto se justifica flexibilizar -en este extremo- el acceso al empleo, en pro de una pretendida mayor capacidad de gestión, y hasta qué punto es posible tolerar la evidente afectación del mérito, como uno de los grandes lineamientos y a la vez baluartes del servicio civil y, finalmente, de la propia carrera pública, que la sustenta.

## Introducción

La Constitución Política reconoce los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, excluyendo a los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección. Dicha disposición, a la luz de los Convenios e instrumentos normativos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) debe interpretarse y aplicarse de modo restrictivo. En ese sentido se puede entender que el constituyente haya querido excluir del derecho de sindicación a determinadas categorías de trabajadores en el ámbito público, en particular aquellos que ocupan cargos directivos y de confianza, pero la norma supranacional propone que el criterio sea restrictivo antes que amplio, a la hora de determinar cuáles son estas categorías.

En ese contexto el Convenio N° 151 OIT (1978), Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, ratificado por el Perú e integrante del bloque de constitucionalidad en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política vigente; en el numeral 2 de su artículo 1° señala que corresponde a la ley nacional de cada país determinar hasta qué punto las garantías previstas en dicho Convenio se aplican a los empleados de alto nivel y a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. Motivaré el análisis determinar si las categorías denominadas funcionarios del Estado con poder de decisión y funcionarios que desempeñan cargos de confianza o de dirección (a los que se refiere la Constitución) guardan correspondencia con los supuestos previstos en el Convenio N° 151 OIT, que nos habla de empleados de alto nivel y a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial, siendo necesario además considerar lo que proponen al respecto otros instrumentos normativos, de manera que tal disposición sea aplicada de manera restrictiva por suponer la privación de un derecho fundamental como lo es el derecho a la sindicación.

Surgen mayores matices si se considera que para nuestra regulación, en el caso de los trabajadores que ocupan cargos de confianza no queda claro si la confianza que ostentan es derivada, de origen político, o es la simple lealtad personal, en el entendido que ni uno ni otro debería confundirse. Tampoco podrá dejarse de anotar que el derecho

de sindicación, no será el único derecho resentido por la condición acotada, pues se podrá considerar, como mínimo, al derecho fundamental al trabajo o estabilidad laboral.

Será obligación de la administración de la cosa pública manejar un criterio adecuado para que las entidades puedan calificar esos puestos de trabajo y así determinar cuáles son esas categorías de trabajadores, considerando que estarán excluidos del derecho a la sindicación en atención a lo establecido en la Constitución y la normativa supranacional, que la integra. Tarea que cuando menos exige evitar que la interpretación se adscriba a un criterio amplio (considerando que se trata únicamente de los más altos funcionarios con poder de decisión y de los que obedecen a la confianza que ostenta una alta dosis política, u otra) en aras de evitar incluir en dichas categorías a trabajadores que realmente no correspondería con la afectación consecuente de sus derechos concernidos.

En este contexto será importante advertir hasta qué punto el criterio establecido por la administración pública, permite a las entidades el ejercicio de una excesiva facultad discrecional para determinar cuáles son los puestos de los trabajadores con poder de decisión y de los que desempeñan cargos de confianza, que estarán excluidos del derecho a la sindicación según lo establecido en la Constitución, la Ley y la normativa supranacional. Como la facultad discrecional de la Administración Pública, al ser discrecional es amplia, se debe ser especialmente cuidadoso al determinar cuál es el criterio a seguir para determinar los puestos de trabajo de cargos directivos y de confianza en las entidades públicas. Ello considerando que los derechos de las personas que terminan asumiendo estos puestos se verían afectados (en especial el derecho a la sindicación, pero no el único), si en estricto el puesto determinado como tal, no debió estarlo, o fue comprendido incorrectamente dentro de estos supuestos a que se refiere la Constitución.

La tarea impone incursionar en el análisis de la naturaleza de los cargos de confianza y de la confianza política que circunda la administración pública. Sobre los huidizos criterios aplicados en la administración estatal para determinar sus cargos directivos o puestos de confianza, considerando la poca uniformidad que ha presentado la regulación de la cosa laboral pública en nuestro ordenamiento. Probablemente alguna especie de consenso tácito y perverso conciba aquello como una justificada cuota de

poder reservada por merecimiento a los partidos de gobierno. Parte de la problemática se suscita en que, a la par, ello puede resentir el principio del mérito, rector en el acceso al empleo público.

El marco teórico sobre el que se desenvuelve nuestra investigación naturalmente exige revisar las categorías conceptuales concernidas. La doctrina sobre el derecho a la sindicación, trabajo público y el poder discrecional estatal utilizado para los actos de designación y cese, contrastando los postulados que ella propone con lo que propone la normativa, a partir de lo establecido en la Constitución y la ley, naturalmente la Ley del Servicio Civil, y lo que plantea la normativa infra constitucional.

El presente trabajo permitirá, pues, analizar los criterios que propone la normativa para calificar los cargos directivos y cargos correspondientes a servidores de confianza que serán excluidos del derecho a la sindicación, contrastarlos con los postulados de la doctrina autorizada, y verificar si estos cargos corresponden a aquellos altos cargos y cargos de confianza de índole política que probablemente refiere la Constitución, inspirada en la normativa supranacional, para ser aplicado del modo más restrictivo posible, en función del alcance de la facultad discrecional de la administración pública a través de los mecanismos que la Constitución o la Ley establecen para determinar los puestos cuyos trabajadores estarán excluidos del derecho a la sindicación, pero esto no se agota en una simple verificación. La sustancia de la discusión está en dilucidar hasta qué punto estos criterios resisten el rigor de un análisis de un sistema orientado a justificarlo.

Ello permitirá establecer como supuesto, que si bien actualmente en nuestra regulación se establecen parámetros, para calificar los puestos de trabajo como cargos directivos y de confianza, tales como la cercanía al entorno de quien lo designa o un porcentaje del total de trabajadores de la entidad, estos deberían ser lo suficientemente satisfactorios a partir de lo que recoge la doctrina y el análisis de la legislación a la luz de los instrumentos normativos internacionales ratificados por el Perú.

El presente trabajo consta de tres capítulos, cada uno de los cuales cuenta a su vez con dos sub capítulos. La forma de redacción en cada uno de ellos intenta ser lo más sencilla y explícita posible para el lector y se ha considerado no detenerse demasiado en

tópicos recurrentes. En el primer capítulo se expone el marco regulatorio de los funcionarios de la administración pública considerando los diversos regímenes laborales vigentes, así como, en especial, el de los funcionarios que se considera que ocupan cargos directivos y de confianza. Ello a partir de las disposiciones contenidas en la Ley Marco del Empleo Público y la Ley del Servicio Civil, así como en la Ley del Poder Ejecutivo y Ley N° 27594; que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos.

En el segundo capítulo se analiza el marco normativo nacional del derecho de sindicación de los trabajadores en general y de los empleados públicos en particular. La situación de las categorías de trabajadores excluidas del derecho de sindicación y en particular aquellos que ocupan puestos de trabajo en cargos denominados directivos y de confianza, observando ello a la luz de lo establecido por la Constitución y los Convenios OIT (Convenio 151 y otros pertinentes) así como de los pronunciamientos de la Comisión de Expertos OIT sobre el particular.

En el tercer capítulo se trata de explicar cómo ejercen las entidades públicas su potestad discrecional, orientado ello a entender cómo ello incide en la potestad de calificar y determinar los puestos de trabajo que suponen cargos directivos y de confianza. Asimismo se analiza si los criterios para determinar la confianza en el empleo público y la condición de directivo, en nuestra regulación, es compatible con los postulados contenidos en los instrumentos normativos internacionales y la propia Constitución cuando esta establece cuáles son estas categorías de trabajadores excluidos del derecho a la sindicación y, sobre todo, si con ello se perforan los cimientos del principio del mérito, base y rector del sistema de acceso al empleo público, que legitima aquello.

## Índice

Agradecimientos.....	2
Resumen .....	3
Introducción.....	4
I.- Los regímenes laborales en el empleo público en el Perú y la calificación de los cargos directivos y de confianza.....	9
I.1 Empleo público en el Perú y regímenes laborales.....	9
I.2 Clasificación de los trabajadores públicos en cargos directivos y de confianza.....	22
II- Derecho de sindicación en el empleo público en el Perú y categorías excluidas.....	29
II.1 El derecho de sindicación en el empleo público en el Perú.....	29
II.2 Las categorías excluidas. Los funcionarios con poder de decisión y trabajadores de confianza.....	36
II.3 La situación especial que plantean ciertos funcionarios con poder de decisión y trabajadores de confianza excluidos del derecho de sindicación.....	53
III La determinación de los puestos directivos y de confianza, la facultad discrecional y el mérito.....	61
III.1 La determinación y el acceso a los puestos directivos y de confianza en el empleo público en el Perú.....	61
III.2 La facultad discrecional y el mérito y su relación con los puestos de dirección y de confianza en el empleo público excluidos del derecho a la sindicación.....	78
Conclusiones .....	82
Referencias bibliográficas .....	84

## I

### **Los Regímenes Laborales en el Empleo Público en el Perú y la Calificación de los Cargos Directivos y de Confianza**

#### **I.1 Empleo Público en el Perú y Regímenes Laborales**

El trabajo en la administración pública es una actividad que requiere del concurso de personas con ciertas características y requisitos como parte de la prestación en esa relación laboral. Tradicionalmente se entendió que como contraprestación jurídica, ese personal debe tener un estatuto específico y un régimen organizado de ascensos, lo que se conoce como carrera pública. En ese entendido el Estado no podría renunciar al ideal de formar y mantener cuadros altamente calificados y capacitados, adecuadamente remunerados y con vocación de permanencia, pues sin una administración eficiente y capaz, debidamente regulada, se entendía que sería imposible alcanzar un Estado moderno.

Para Molina (2000), las relaciones de trabajo en el ámbito público son básicamente de dos tipos: funcionarial y laboral, la primera de las cuales tuvo como intención garantizar la imparcialidad, objetividad, y la legalidad en el ejercicio de las funciones públicas, constituyendo lo que se conoce hoy como

Estatuto de la función pública. Pero, sin embargo, la excesiva burocratización, jerarquización y concentración que repercutía en su eficacia ocasionaron la necesidad de someter a la gestión de los recursos humanos en la administración pública a procesos dotados de mayor agilidad y eficacia, los que proponía el derecho del trabajo (pp. 6, 9).

A partir del cambio de modelo estatal establecido por la Constitución Política de 1993, que impuso el rol subsidiario del Estado, el empequeñecimiento del aparato estatal y por ende la reducción de grandes grupos de sus trabajadores, la privatización del aparato público allí donde realizaba actividad empresarial y medidas restrictivas en materia de derechos colectivos laborales en todo ámbito, incluido el estatal, entre otros. Ello supuso que, con la finalidad de dotar de mayor agilidad y eficacia a las entidades públicas, se facultara sistemáticamente a muchas de estas a adoptar el régimen laboral privado, por contraposición al estatutario, considerado proteccionista exacerbado o rígido y excesivamente burocrático. De resultados de ello actualmente coexisten trabajadores de regímenes público y privado lo cual puede constatarse en una misma entidad y en muchas. Suscitándose, en muchos casos, distorsiones y anomalías que ocurren como cuando se brinda a los trabajadores públicos de régimen privado el tratamiento de dependientes de empleador privado, en detrimento de la cosa pública, aun cuando le apliquen la regulación del trabajador de régimen público en los otros aspectos. Ello se puede constatar en supuestos tales como el desplazamiento de personal, en el denominado destaque (en este caso la Autoridad Nacional del Servicio Civil ha debido cambiar de criterio una vez), el encargo de funciones o el propio acto de

designación como forma de ingreso al empleo público, concebidos para el trabajador de régimen público estatutario pero que igual aplica a toda entidad estatal y que, en las entidades públicas cuyos trabajadores se encuentran sujetos al régimen laboral privado, ha dado lugar a la suscripción de contratos, so pretexto de “laboralizar” el acto y morigerando de esta forma la naturaleza del acto unilateral de designación, así como el poder estatal de donde proviene esa facultad de designar.

Para Danós (2002) en estas entidades, aunque rige el régimen privado en lo formal, se aplican los criterios y métodos del sistema público, con lo cual el régimen es tan poco eficiente como el régimen público y tan costoso como el privado (p. 225).

Por tanto, en la actualidad existen diversos regímenes de contratación de personas que laboran en el ámbito público, con condiciones y remuneraciones diversas, sin criterios uniformes para el ingreso y desvinculación. La propia legislación contiene normas que no son uniformes respecto a la concepción de la carrera administrativa en sí misma y no queda claro si la nueva normativa aplicable lo es. Se impone realizar un breve análisis de lo que suponen las principales normas de régimen laboral actuales en el empleo público, lo cual ayudará a entender a grandes rasgos el estado actual del empleo público en el Perú.

### **Estado actual de la cuestión en el empleo público**

En el Perú, hasta finales del siglo XIX e inicios del XX, las relaciones de trabajo estaban normadas por el Código Civil a través de contratos de Locación de Servicios como modalidades de las obligaciones de hacer. La evolución posterior significó el fin del predominio absoluto del Código Civil y la limitación de la libertad contractual mediante la intervención del poder público con el nacimiento del derecho del trabajo, a favor de la parte más débil de la relación laboral.

Nuestro ordenamiento legal, a grandes rasgos, reconoce y sustenta la existencia de dos grandes regímenes laborales claramente diferenciados: el del servicio público y el de la actividad privada. Tales regímenes comparten algunos puntos en común pero, en lo esencial, se rigen por distintos principios, criterios y normas. El régimen público tradicionalmente es de naturaleza estatutaria y se encuentra regulado por el derecho administrativo, mientras que el privado es de naturaleza contractual y está regido por el derecho laboral. Constitucionalmente, el tratamiento dado a unos y otros se encuentra abordado en diferentes capítulos de la Carta Magna: artículos 22° al 29° (Capítulo II) para los del sector privado, y artículos 39° al 42° (Capítulo IV) para los del sector público, dentro del tópico que denomina Función Pública.

En el régimen público las condiciones para la prestación de servicios están fijadas por normas de carácter imperativo, de alcance general, frente a las cuales no hay autonomía de la voluntad. El ingreso es por concurso, la categoría, el cargo, los derechos, deberes y obligaciones, remuneración, y hasta el cese son motivados por causales específicas. Todo ello está regulado, no deriva de acto

convencional alguno ni se puede pactar en contra de dichas previsiones legales, que son de orden público.

La separación tradicional de regímenes ha tenido sin embargo, dos momentos históricos importantes de supuesta fusión (porque en realidad se dieron curiosas contradicciones) durante la década del setenta y la del noventa. En la década de los setenta, como consecuencia de la penetración intensa del Estado en las actividades productivas, se incrementó el número de las empresas públicas cuyo régimen laboral, por definición, se determinó como empresa privada. Muchas de tales empresas se crearon sobre la base o asumiendo corporaciones o servicios que anteriormente eran efectuados directamente por el Estado, y a los cuales se les aplicaba el régimen público. Con ello, comenzó a gestarse un régimen mixto, coexistiendo a veces en una misma empresa trabajadores pertenecientes a ambos regímenes laborales. La situación más grave sobrevino en la década de los noventa, cuando se produjo una migración de actividades e instituciones públicas al sector privado, cuyo régimen laboral fue transferido del público al privado, en un contexto de economía neoliberal. Como lo ha sido la implementación de las políticas del FMI, el Banco Mundial y la Organización Mundial de Comercio.

Actualmente en el gobierno central coexisten principalmente tres regímenes laborales para la contratación de personal: el de los nombrados y contratados bajo el régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276), el de los contratados bajo el régimen laboral privado (Decreto Legislativo N° 728 y modificatorias), y los contratados bajo el régimen de contratación administrativa

de servicios (Decreto Legislativo N° 1057) que si bien es un régimen público constituye un régimen especial según lo establecido por sus propias disposiciones. Estos regímenes se sustentan en principios, criterios y normas disímiles entre sí. El régimen público del Decreto legislativo N° 276, de naturaleza estatutaria, está regido por el derecho administrativo; el régimen privado del Decreto Legislativo N° 728, de naturaleza contractual, se regula por el derecho laboral. Por su lado el régimen de contratación administrativa de servicios regulada por el Decreto Legislativo N° 1057 si bien es de carácter público ni es estatutario ni se regula por las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276. La situación propone mayor diversidad pues está entrando en vigencia el régimen laboral que propone la Ley del Servicio Civil.

Las restricciones en materia de ingreso de personal supuso dictar normas de austeridad que durante más de dos décadas prohibieron el nombramiento y contratación de personal para las tareas de naturaleza permanente, dando lugar a la falta de sinceramiento en los cuadros de asignación para personal (CAP) y consecuentemente en los presupuestos analíticos de personal (PAP). El resultado ha sido que actualmente dichos documentos de gestión no reflejen la realidad de la situación de las personas que laboran subordinadas en una entidad por cuanto los trabajadores bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios (CAS) no se encuentran comprendidos en dichos documentos a pesar que conforman la mayoría en muchas entidades. Por contraparte, pero en menor medida, como se verá más adelante, es mayor la facultad discrecional con que cuentan las entidades para determinar en sus CAP y sus PAP a los puestos de confianza y de

libre designación lo cual permite incluir trabajadores dentro de sus cuadros orgánicos.

Por su parte los sistemas de acceso al empleo público difieren en cuanto al tipo de mecanismos elegidos para garantizar el principio del mérito, protegiendo aquél de la arbitrariedad, la politización y el nepotismo. Desde este ángulo, pueden situarse en los dos modelos básicos: los países que siguen el modelo francés acentúan el papel de los instrumentos de selección (concurso), creando sistemas de garantías predominantemente formales. Y los países que siguen el modelo británico, más flexible en los instrumentos, enfatizan la profesionalidad e independencia de los órganos encargados de la selección.

Mención aparte merecen los denominados funcionarios “de confianza” que ingresan al servicio o acceden al empleo público (en ningún caso a la carrera) mediante designación. Los criterios para determinar la confianza, en principio están vinculados a funciones de jerarquía, apoyo directo o asesoría en el alto nivel (Guerra, 1994. p. 52). Estos funcionarios ingresan sujetos únicamente a la voluntad de la autoridad competente, sin requerimiento de oposición alguna. A este sistema se le suele denominar “libre designación” y puede incluso aplicarse respecto de personas que ya tienen vínculo de subordinación con la entidad. En caso no tenga vínculo, implica una forma de ingreso al empleo o servicio civil (op. cit. p. 118), como una situación de tipo temporal en tanto durará cuanto permanezca la confianza. El nombramiento, propiamente denominado *designación*, se hará generalmente mediante resolución del titular del sector o la más alta autoridad de la entidad.

**La carrera administrativa, el régimen laboral público del Decreto Legislativo N° 276, la Ley Marco del Empleo Público y la Ley del Servicio Civil**

Según Guerra (1994, p. 13) la Carrera Administrativa corresponde a un sector de servidores, directamente vinculados con operaciones administrativas materiales y dispuestos en diversos niveles jerárquicos. La relación jurídica que existe entre el estado y sus servidores civiles supone, en principio, un vínculo laboral para la prestación de servicios públicos en el cual se establece una corriente recíproca de obligaciones y derechos entre las partes. No es un contrato común, pues en éste aparece la pre-existencia de un estatuto o Ley de la Carrera Administrativa en el que se especifica la exigencia del Estado a sus servidores respecto a la prestación disciplinada de servicios, eficiencia, honestidad, lealtad, etc; obligándose a cambio al pago de remuneraciones, a la estabilidad, ascensos, garantías, beneficios sociales y otros (Patrón, 1996. p. 163). Ese Estatuto está consagrado en nuestra legislación aun por la vigente Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada por Decreto Legislativo N° 276.

- a) *Estatuto y Escalafón del Servicio Civil – Ley N° 11377*

Antecedente de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa es el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil. El 29 de mayo de 1950, el General Manuel A. Odría promulga la Ley N° 11377, que aprueba el

Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, norma que establecía los derechos y deberes de los empleados públicos, reconociendo la carrera administrativa, escalafón y calificación periódica, igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, el ingreso por concurso para el personal de carrera, y el ascenso también por concurso y basado en la foja de servicio. Este Estatuto, en su artículo primero, considera empleado público a toda persona que desempeña labores remuneradas en las reparticiones del Estado.

b) El Decreto Legislativo N° 276 y la Carrera Pública

En atención a los avances doctrinarios y técnicos en materia de administración pública, la Ley N° 11377 fue derogada el 24 de marzo de 1984 a través del Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Esta establece una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según clasificaciones y méritos. Además consolida derechos, define niveles, estableciendo como principales beneficios a favor de los servidores públicos la eliminación de la supresión de plaza como causal de cese, el traslado sólo con previo consentimiento del trabajador, el mérito como factor preponderante en la carrera que incentiva y hace obligatoria la capacitación de los servidores, la limitación de la destitución automática sólo en caso de la comisión de delito doloso, la ampliación de la estabilidad laboral ya no solo al cargo (plaza) si no ampliándola al

vínculo laboral entre el servidor y el empleado a nivel de carrera y los atributos que trae consigo (cargos y remuneración).

El ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 276 comprende a los trabajadores del sector público, inclusive los de municipalidades, Poder Judicial, Congreso, Organismos Constitucionales Autónomos y las Universidades. Y de manera supletoria a los jueces, los maestros y trabajadores de salud que tienen legislación especial. No obstante, no están comprendidos los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, las autoridades elegidas, los trabajadores de empresas públicas y trabajadores de entidades que por Ley expresa se regulan por normas laborales del sector privado. En particular por el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

La clasificación del personal es única para todas las entidades: tres grupos ocupacionales (profesional, técnico y auxiliar) con varios niveles en cada uno. A cada nivel le corresponde ciertos cargos, definidos desde el nivel central (antes lo hacía el hoy extinguido Instituto Nacional de Administración Pública -INAP). El ingreso es desde el nivel más bajo del grupo ocupacional. Es obligatorio el concurso, excepto en los denominados cargos de confianza. Es pertinente manifestar que las normas de austeridad de la Ley de Presupuesto finalmente prohibieron efectuar incorporaciones y nombramientos en este régimen.

En conclusión el Decreto Legislativo N° 276 es un régimen rígido, pensado para una administración pública única (lo que no se verificó nunca en la realidad) y para un modelo de estado que con el tiempo se ha desvirtuado, especialmente en la década de los noventa, en la cual se introdujeron diversos regímenes para la contratación de personas en el aparato estatal. Esta norma, por desfasada a la luz de lo que significa actualmente el Estado y el rol que asume en el proceso de su reforma y modernización es sustituida en su integridad por el nuevo régimen de la Ley del Servicio Civil, el cual se encuentra aún en proceso de implementación.

c) Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175

La Ley Marco del Empleo Público entró en vigencia el 01 de enero de 2005, salvo algunas de sus disposiciones, que lo hicieron antes. Sus objetivos eran (ya no lo son porque se ha decidido su derogación al momento de la plena vigencia del régimen de la Ley del Servicio Civil, como se abordará más adelante) crear las condiciones para que las entidades públicas sean organizaciones eficientes, eficaces, participativas, transparentes, honestas y competitivas y normar las relaciones de trabajo en el empleo público y la gestión del desempeño laboral para brindar servicios de calidad a los usuarios, sobre la base de las políticas de gestión por resultados.

Respecto al acceso al empleo estableció como principio el mérito, reafirmando el mecanismo del concurso público en base a los méritos y capacidades de las personas, exceptuando a los empleados de confianza y a un porcentaje de los servidores públicos denominados “directivo superior”.

Pero su propósito básico era ser una ley de transición considerando la problemática ocasionada por el uso y abuso (en la década de los noventa y gran parte de la década pasada) de los contratos de locación de servicios no personales. Asimismo tenía la intención de unificar los regímenes laborales aplicables al sector público. Sin embargo por su condición de Ley Marco ello exigía normas de desarrollo que nunca se dieron. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente 008-2005-PI-TC, ratificó su vigencia al precisar que “... *la Ley N° 28175 está vigente desde el 1 de enero de 2005, conforme al artículo 109° de la Constitución, y que en el caso de algunas disposiciones específicas, para ser aplicadas en su integridad, requieren e otras leyes, cuestión distinta a la vigencia de la ley.*” No obstante durante sus primeros años de vigencia su importante contribución fue establecer los principios jurídicos que actualmente rigen al empleo público.

d) El régimen de la Ley del Servicio Civil

La Ley N° 30057, publicada el 4 de julio de 2013, tiene como objeto establecer un régimen único y exclusivo para las personas que

prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas. No establece que se trate de una carrera administrativa, probablemente para distinguirse de ser un régimen estatutario en general y en particular del aun vigente Decreto Legislativo N° 276, pero es clara su intención de quedar como el único régimen laboral público en un horizonte no muy lejano.

Según lo dispuesto por el Literal b) de su Única Disposición Complementaria Derogatoria, la Ley N° 30057 derogará a la Ley Marco del Empleo Público, con su plena entrada en vigencia, lo cual ocurrirá una vez que ocurra su implementación.

En el inciso d) del artículo III de su Título Preliminar establece como uno de sus principios al mérito, según el cual el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles.

En su artículo 8° indica que el proceso de selección es el mecanismo de incorporación al grupo de directivos públicos, servidores civiles de carrera y servidores de actividades complementarias, sobre la base del mérito. Para los servidores de confianza, indica que el proceso

de selección se limita al cumplimiento del perfil establecido para el puesto y que no requieren aprobar un concurso público de méritos.

Si el mérito rige, entonces, para el acceso al empleo, la forma de ingreso de los trabajadores de confianza constituyen una excepción a dicha regla, pues no será en estos casos necesario evaluar la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y otras condiciones para el puesto.

## **I.2 Clasificación de los trabajadores públicos en cargos directivos y de confianza**

Cada régimen laboral aplicable al sector público, con excepción del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1057, establece una clasificación de los trabajadores públicos. Nos interesa distinguir en esa clasificación a los cargos denominados directivos y de confianza. Tradicionalmente se entiende en doctrina a la confianza en el empleo público como la confianza política que puede ser originaria si proviene de la elección popular o derivada es por decisión de alguno de los poderes constituidos (Miranda, 2004. p. 71). Las características y parámetros establecidos en cada una de las normas indicadas serán de gran utilidad para determinar la calificación de los puestos de trabajo como tales en cada entidad y su inclusión en los documentos de gestión (CAP, PAP y otros) correspondientes.

### **Decreto Legislativo N° 276**

El Decreto Legislativo N° 276 comprende tres grupos ocupacionales: profesional, técnico y auxiliar. Los cargos directivos (denominados en esta norma como cargos de responsabilidad directiva) se encuentran comprendidos dentro de la categoría de funcionarios a que se refiere el artículo 4° de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, pudiendo ser ocupados por los servidores de carrera de dicho régimen a través del ascenso o la designación, o cubiertos como cargos de confianza. El ingreso a estos cargos será por concurso público de méritos, excepto de tratarse de cargos de confianza.

En el artículo 12° de su Reglamento establece como criterios para determinar la situación de confianza al desempeño de funciones de jerarquía, en relación inmediata con el más alto nivel de la entidad, el desempeño de funciones de apoyo directo o asesoría a funcionarios del más alto nivel; y al desempeño de funciones que tienen acción directa sobre aspectos estratégicos declarados con anterioridad que afectan los servicios públicos o el funcionamiento global de la entidad pública. Es decir queda claro que son cargos que se ocupan en el más alto nivel en la entidad. Y reserva asimismo el acto de (libre) designación para ocupar un cargo de responsabilidad directiva o de confianza.

En concordancia con ello, la Ley N.° 27594, Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos, establece que la designación de funcionarios en cargos de confianza distintos a los comprendidos en el artículo 1° de la citada Ley (básicamente los más altos cargos en el Estado), se efectúa mediante Resolución

del Titular de la Entidad. Es decir aquellos que no son el Presidente del Consejo de Ministros, los Ministros de Estado, los Embajadores y Ministros Plenipotenciarios, con aprobación del Consejo de Ministros y con cargo de dar cuenta al Congreso; cuatro miembros del Directorio del Banco Central de Reserva del Perú, entre ellos al Presidente del mismo; Superintendente de Banca y Seguros; Viceministros de Estado y a los Secretarios Generales de la Presidencia del Consejo de Ministros y del Ministerio de Relaciones Exteriores; Presidentes Ejecutivos de los Consejos Transitorios de Administración Regional; Presidentes y miembros del Consejo Directivo así como a los Titulares de los Organismos Públicos Descentralizados; Titulares, así como a los miembros del Consejo Directivo y del Tribunal de Solución de Controversias de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Prefectos, Funcionarios del Despacho Presidencial.

### **Ley Marco del Empleo Público**

Según lo previsto en su artículo 4° el empleo público comprende al funcionario público, al empleado de confianza, al Servidor público Directivo superior y al Servidor público de los grupos ocupacionales Ejecutivo, Especialista y De apoyo.

Considera empleado de confianza al que desempeña cargo de confianza técnico o político, que se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. Al grupo ocupacional del servidor público directivo

superior se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad y una quinta parte de este porcentaje es designada o removida libremente por el titular de la entidad, lo cual es análogo al acceso al empleo de los servidores de confianza. En cada entidad los cargos de confianza serán designados de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 27594 antes comentada.

En concordancia con lo que ha tenido la oportunidad de expresar la Autoridad Nacional de Servicio Civil a través del Informe Legal N° 216-2011-SERVIR/GG-OAJ, de fecha 10 de marzo de 2011, numerales 2.6 y 2.7 de su acápite II, elaborado por su Oficina de Asesoría Jurídica. Cabe indicar que de este modo, la Ley plantea un claro alejamiento del modelo del Decreto Legislativo N° 276, que clasifica a los servidores en base a su formación, en profesionales, técnicos y auxiliares, según cuenten con un título o grado académico (los primeros), con formación superior o universitaria incompleta, capacitación tecnológica o experiencia técnica reconocida (los segundos), o con instrucción secundaria y experiencia o calificación para realizar labores de apoyo (los terceros).

En ese sentido da contenido a cada una de las categorías sobre la base de las tareas esenciales que cada persona desarrolla. Así, el *Funcionario público*: funciones de preeminencia política; el *Empleado de confianza*: cargos técnicos o políticos; el *Directivo superior*: funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto; el *Ejecutivo*: funciones administrativas; el

*Especialista*: labores de ejecución de servicios públicos y el *de apoyo*: labores auxiliares y/o complemento.

### **Ley del Servicio Civil**

La Ley del Servicio Civil define al servidor de confianza como un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó y que puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Añade que ingresa sin concurso público de méritos sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa.

Las personas que acceden al servicio a través de esta vía pueden pertenecer a cualquiera de los grupos de servidores. Por tanto un trabajador público de cualquier grupo puede ser de confianza en virtud de la calificación de su puesto de trabajo como uno de servidor de confianza. Al parecer, la norma no establecería mayor parámetro para determinar ello, librando a la voluntad de quienes deciden el diseño u organización de una entidad, procurar que en determinados puestos las personas que los ocupen se encuentren relacionadas con la entidad por un vínculo de confianza. Ello no obedece, naturalmente, al mayor o menor grado de complejidad de las labores a su cargo ni a su mayor o menor nivel de responsabilidad, que son los criterios que nos sugiere utilizar la normativa supranacional.

Sin embargo, la nota que merece el análisis es que, según la definición, el servidor de confianza forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y su permanencia está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. No queda claro, en primer lugar, quién lo designa. La norma pudo ser más clara. Tampoco ayuda a entender en qué se basa la situación de confianza. Tampoco queda claro porqué formaría parte del entorno directo e inmediato de un directivo público, si éste no lo designa. En todo caso si tendrá su mismo rango jerárquico o por el contrario lo supervisa es algo que debió la norma esclarecer para procurar el uso correcto de la figura.

#### Artículo 2. Clasificación de los servidores civiles

Los servidores civiles de las entidades públicas se clasifican en los siguientes grupos:

- a) Funcionario público.
- b) Directivo público.
- c) Servidor Civil de Carrera.
- d) Servidor de actividades complementarias.

**En cualquiera de estos grupos pueden existir servidores de confianza.**

(Lo resaltado en **negrita** es nuestro)

#### Artículo 64. Número de directivos de confianza en la entidad pública

Sólo el veinte por ciento (20%) de los directivos públicos existentes en cada entidad pública puede ser ocupado por servidores de confianza, respetando el porcentaje previsto en el artículo 77 de la presente Ley.

(...)

#### Artículo 77. Límite de servidores de confianza

El número de servidores de confianza en ningún caso es mayor al cinco por ciento (5%) del total de puestos previstos por la entidad pública, con un mínimo de dos (2) y un máximo de cincuenta (50) servidores de confianza, correspondiendo al titular de la entidad pública la determinación de la ubicación de los servidores de confianza. Este porcentaje incluye a los directivos públicos a que se refiere el artículo 64 de la presente Ley.

No es deleznable establecer un límite a respetar: un porcentaje del 5% del total de servidores de la entidad; lo que es podría ser discutible es que no se proponga un criterio quizá más técnico y menos práctico, como bien podría constituirlo la naturaleza del cargo o sus funciones. Cuando se establece a su vez que el 20% de los directivos públicos pueden ser cubiertos por servidores de confianza, se afecta en alguna medida la meritocracia que sustenta el acceso al Servicio Civil, pues esta propone el acceso a través de un concurso público en el cual se evalúen los méritos y capacidades de los postulantes.

Ello exige analizar cuál es la naturaleza jurídica y la fuente de ese poder que permite a la administración designar libremente a las personas en tales puestos de empleo (los de confianza y cargos directivos de libre designación) toda vez que es un poder excepcional frente a la plenamente reconocida regla del acceso por el mérito. Esa potestad, de ser ampliamente discrecional, conduce a cuestionar si finalmente su ejercicio es amplio o restrictivo y si convenga que ello sea así.

## II

### **Derecho de Sindicación en el Empleo Público en el Perú y Categorías Excluidas**

#### **II.1 El derecho de sindicación en el empleo público en el Perú**

El derecho de sindicación es, en primer término, un derecho fundamental. Así lo confirma el artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que en su inciso 4 lo consagra como el derecho que tiene toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22129, el 22 de marzo de 1978, y en vigencia desde el 28 de julio de 1978, en el literal a) del inciso 1 de su artículo 8°, lo reconoce en casi idénticos términos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22128, el 22 de marzo de 1978, en el primer inciso de su artículo 22° de similar forma consagra el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su artículo 16°, lo reconoce a través del derecho de asociación libre, con fines laborales. La Convención fue aprobada en el Perú por el Decreto Ley N° 22231,

el 11 de julio de 1978. Cabe anotar que tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos fueron ratificados “constitucionalmente” por la Constitución Política de 1979, en la Decimosexta de sus Disposiciones Generales y Transitorias.

No deja de llamar la atención que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el segundo inciso de su artículo 22°, establece límites a las restricciones que pudieran establecer los Estados respecto del derecho de sindicación. Señala que la Ley sólo podrá efectuar las restricciones que resulten necesarias en una sociedad democrática, considerando la seguridad nacional, la seguridad y el orden públicos o con el fin de proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás. Indica asimismo que no impedirá excluir de este derecho a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. Esto es a lo que Núñez (2013) denomina un *triple filtro*, a saber: que las restricciones hayan sido efectuadas a través de una Ley, que sea necesario adoptar la restricción al no existir otra forma menos lesiva o restrictiva, y que la seguridad nacional, la seguridad y el orden públicos, y la protección de la salud o la moral públicas o de los derechos o libertades de los demás son los intereses prevalecientes (p.186). Toda vez que se menciona de manera expresa la exclusión de los miembros de las fuerzas armadas y policiales, queda pendiente de determinar cuáles serían esas otras categorías de trabajadores que podrían estar comprendidas en el supuesto previsto. Que las restricciones puedan efectuarse a través de la Ley permite cuestionar si sería inválido que lo efectúe la norma constituyente, como ocurre en nuestro ordenamiento según se verá más adelante, cuestión que podrá resolverse si consideramos a la Ley en su sentido

lato, que incluye en su alcance a la norma constituyente. Finalmente el tercer inciso del artículo 22° del Pacto prescribe que las disposiciones contenidas en dicho instrumento no deberán menoscabar los derechos y garantías contempladas en el Convenio N° 87 (1948), el cual será analizado más adelante, postulando el carácter especial del Convenio respecto de la materia.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) desarrolla también criterios para efectuar limitaciones al derecho de sindicación, en similares términos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Sin embargo, a diferencia de éste, consagra al derecho de sindicación como tal y no a través del derecho de asociación, precisando como única condición para la afiliación el sometimiento a los Estatutos. Incluye asimismo, como una posible nueva categoría de trabajadores excluidos además de los miembros de las fuerzas armadas y policiales, a los trabajadores de la administración del Estado. Nuevamente entrega a la legislación nacional la tarea de determinar, en base a los criterios expuestos, cuáles serían, aparte de estas, las otras categorías de trabajadores que podrían comprender los supuestos de exclusión. Finalmente también prescribe que estas disposiciones no deberán menoscabar los derechos y garantías contempladas en el Convenio N° 87 (1948), corroborando el carácter especial del Convenio respecto de la materia.

Resulta preciso destacar la existencia de los criterios para efectuar limitaciones válidas al derecho de sindicación contenidos en normas supranacionales. Así como el carácter especial del Convenio N° 87 OIT (1948)

sobre la materia, lo cual es de mucha utilidad para evaluar el fenómeno de las restricciones en la legislación nacional.

El Convenio N° 87 OIT, Convenio relativo a la Libertad Sindical y a la protección del Derecho de Sindicación<sup>1</sup>, lo describe en su artículo 2° como el derecho de los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a ellas. El Convenio 87 es uno de los pocos Convenios calificados como fundamentales por la propia OIT.

Convenio N° 87 OIT:

*“Artículo 2*

*Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.*

Formulado como tal, el derecho de sindicación surge como un derecho subjetivo, es decir de carácter individual, por encontrarse atribuido a los individuos. Presupone la libertad sindical, cuyo sujeto activo es el sindicato (Jiménez De Arechaga, 1980, p. 6). Para Villavicencio (2010) el derecho de sindicación, junto con la negociación colectiva y la huelga, forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, que involucra tanto a sus componentes individuales y colectivos, así como a sus facetas de organización y actividad (p. 88). En función de ello cobra destacada relevancia en todo

---

<sup>1</sup> Convenio aprobado en el Perú por Resolución Legislativa N° 13281 el 9 de diciembre de 1959 y en vigencia desde el 2 de marzo de 1961.

ordenamiento sujeto a un Estado democrático de Derecho. Constituirá por tanto, junto con los derechos de negociación colectiva y de huelga, y en su condición de derecho fundamental, pieza fundamental dentro del sistema de libertades del sistema jurídico contemporáneo.

En nuestro ordenamiento su antecedente más cercano lo constituye la Constitución Política peruana de 1933. En su artículo 27° reconoció el derecho de asociación en los siguientes términos: “El Estado reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Las condiciones de su ejercicio están regidas por la ley.” Para Núñez (2013) el contenido del articulado descrito supone el reconocimiento del derecho de sindicación pero de manera indirecta (p.100). Son la Constitución Política peruana vigente, en su artículo 28°, y su predecesora, la Constitución Política peruana de 1979, en su artículo 51°, las que reconocen expresamente el derecho no obstante la primera omite especificar el detalle de su contenido como lo hacía la última.

Constitución Política de 1979:

Artículo 51.- El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa.

Nadie está obligado a formar parte de un sindicato ni impedido de hacerlo. Los sindicatos tienen derecho a crear organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse la constitución, el funcionamiento y la administración de los organismos sindicales. Las organizaciones sindicales se disuelven por acuerdo de sus miembros o por resolución en última instancia de la Corte Superior.

Constitución Política de 1993:

Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

(...)

A pesar que el artículo 28° de la Constitución vigente opta por el reconocimiento lacónico del derecho, lo altamente destacable del hecho es que reconoce el derecho de sindicación de todo trabajador, al no proponer reticencias ni efectuar distinciones. Tal postulado encumbra al derecho de sindicación como la regla general y, como se podrá ver más adelante, las restricciones al ejercicio del derecho constituirán naturalmente la excepción. Esta aseveración servirá en adelante como un lineamiento, es decir una línea orientadora que ayudará a comprender la coherencia y el sentido del sistema laboral en general, y en especial en el ámbito público de nuestro ordenamiento.

En el campo legal del derecho común, el desarrollo del derecho de sindicación establecido en la Constitución Política se encuentra recogido actualmente en el Decreto Ley N° 25593, decretado el 26 de junio de 1992, el cual, en sus artículos 2° y 3°, regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, como el derecho que, sin autorización previa, podrá ser ejercido para el estudio, desarrollo, protección y defensa de los derechos e intereses de los trabajadores y el mejoramiento social, económico y

moral de sus miembros, comprendiendo este a su vez el derecho de afiliarse de manera libre y voluntaria a un sindicato, no pudiendo obligársele a formar parte de uno, ni impedirle hacerlo. Actualmente el Decreto Ley N° 25593 cuenta con un Texto Único Ordenado, que ha sido aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR. En su momento fue importante que la dación de esta norma acabara con la dispersión normativa que campeaba en materia de derechos colectivos durante muchos años en nuestro ordenamiento. Actualmente se le considera desfasado y se busca integrarlo a un texto que consolide la normativa laboral general, como lo es la Ley General de Trabajo.

En contraste con las restricciones que para la sindicación encuentran en el ámbito público, tanto el personal de dirección como quienes desempeñan cargos de confianza del empleador pueden, en el ámbito privado, ser miembros de un sindicato. Así está previsto en el Decreto Ley N° 25593.

Decreto Ley N° 25593:

Artículo 12.- Para ser miembro de un sindicato se requiere:

(...)

- b) No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita.

Determinar si el personal de dirección y los trabajadores que ocupan cargos de confianza del empleador son categorías de trabajadores equivalentes a las categorías restringidas por nuestra norma laboral en el ámbito público, será una tarea que parte de no relacionar las categorías simplemente por la

denominación que se les asigna. Ni las distintas manifestaciones del poder de dirección ni la confianza tienen el mismo contenido en ambos ámbitos de actividad. Aspecto que será materia de evaluación y que brindará importantes pautas.

## **II.2 Las Categorías Excluidas. Los funcionarios con poder de decisión y trabajadores de confianza**

Si bien la Constitución Política de 1933 reconocía el derecho de sindicación de los trabajadores, aunque de manera indirecta como vimos, fue precisamente durante la vigencia de dicha carta, que este derecho se encontraba restringido expresamente para el pleno de los trabajadores públicos. El Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, establecido por el Decreto Ley N° 11377 (1950), señalaba en su artículo 49° que los trabajadores públicos sólo podrían asociarse con determinados fines, entre los cuales no se encontraban listados los gremiales, excluyendo por tanto que pudieran organizarse para la defensa de sus derechos y promoción de sus intereses. Naturalmente les prohibió utilizar la denominación de sindicatos, así como organizar actividades y llevar a cabo un programa de acción como tales.

Decreto Ley N° 11377:

Artículo 49.- Los empleados públicos podrán asociarse sólo con fines culturales, deportivos, asistenciales o cooperativos.

Dichas asociaciones están prohibidas de adoptar la denominación u organización propia de los Sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga.

Ha sido durante la vigencia de la Constitución de 1979 que se reconoció por primera vez y de manera expresa el derecho de sindicación (llamándolo *sindicalización*) de los trabajadores públicos, situación que es de destacar, al tratarse de la norma constituyente. No obstante, al tiempo que lo reconocía en su articulado, decretaba asimismo la no aplicación, es decir la exclusión del derecho, respecto de los funcionarios con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza y los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales. Exclusión que se replica en la Constitución Política vigente en prácticamente los mismos términos, agregando a los funcionarios que ejercen cargos de dirección, distinguiéndolos de los funcionarios con poder de decisión y por tanto incorporando una nueva categoría.

Constitución Política de 1979:

Artículo 61. Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales.

Constitución Política de 1993:

Artículo 42.- Derechos de sindicación y huelga de los Servidores Públicos

Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan

cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

No fueron estas, sin embargo, las únicas categorías excluidas expresamente en la norma constituyente. Como se verá a continuación, la Constitución Política de 1979 también comprendió otros grupos y categorías de trabajadores, como lo constituyen los jueces o magistrados y los miembros del Ministerio Público. Situación que nuestra Constitución Política vigente también reproduce, negando igualmente el derecho de sindicación a ambas categorías de trabajadores.

Constitución Política de 1979:

Artículo 243. La función judicial es incompatible con toda otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria. Los magistrados están prohibidos de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga.

Artículo 251. (...)

Los miembros del Ministerio Público tienen las mismas prerrogativas que los integrantes del Poder Judicial en sus respectivas categorías. Les afecta las mismas incompatibilidades. (...)

Constitución Política de 1993:

Artículo 153.- Prohibición a Jueces y Fiscales

Los jueces y fiscales están prohibidos de participar en política, de sindicarse y de declararse en huelga.

Siendo por tanto diversos los grupos o categorías de trabajadores tradicionalmente excluidos del derecho de sindicación en el ámbito público, se puede advertir que, a diferencia de las relaciones colectivas en el ámbito común, las exclusiones del derecho de sindicación surgen como nota exclusiva del ámbito del trabajo estatal, posiblemente debido a las particularidades que supone el ejercicio de la función pública, que analizaremos más adelante. En este punto se puede afirmar sin temor a exagerar que el reconocimiento del derecho de sindicación de los funcionarios o trabajadores públicos se concibió casi junto con sus exclusiones.

Toda vez que el derecho de sindicación es un derecho fundamental, corresponde a continuación analizar si las exclusiones contenidas en nuestra norma constitucional se encuentran adecuadas con lo establecido en los instrumentos normativos internacionales. El examen es necesario considerando que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución señala que las normas relativas a tales derechos (los derechos fundamentales) se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Esto da origen a lo que la doctrina denomina bloque de constitucionalidad y que ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en diversas de sus sentencias jurisprudenciales.

Los instrumentos normativos internacionales bajo cuyo ámbito corresponde analizar las disposiciones esbozadas serán, en general, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Y en particular el

Convenio N° 87 (1948), relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, que nos brinda los alcances necesarios para comprender el contenido del derecho de sindicación en especial, el Convenio N° 98 (1949), relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio 151 (1978), sobre la protección del derecho de sindicación en la administración pública. Este último fue ratificado “constitucionalmente”, en su momento, por la Decimoséptima de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución Política de 1979.

Si bien los Convenios suscritos por el Estado Peruano ostentan el carácter de tratados internacionales, y por ello forman parte del derecho nacional en virtud de lo previsto en el artículo 55° de la Constitución Política vigente, además adquieren mayor relevancia por integrar el bloque de constitucionalidad. Por lo cual forman parte del bloque normativo bajo el cual se debe efectuar el análisis de constitucionalidad de las normas y disposiciones de inferior nivel, entre ellas las leyes. E incluso el análisis de la coherencia de sus propias disposiciones, a la luz de los instrumentos normativos internacionales en general, y en particular los Convenios de la OIT.

El Convenio N° 87 (1948) consagra el derecho de sindicación sin establecer exclusiones. El inciso 1 de su artículo 9° concede a la legislación nacional la posibilidad de determinar hasta qué punto reconocer a las fuerzas armadas y a la policía las garantías que reconoce en su texto. No las excluye, reconoce que es posible que la legislación nacional así lo establezca. Es ese, entendemos, el espíritu de un derecho fundamental como el derecho de

sindicación. Su reconocimiento amplio e inmenso. Y las exclusiones, únicamente una posibilidad excepcional entregada a la decisión de los países miembros en función, eventualmente, de su situación particular.

El Convenio N° 98 (1949), relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, es mucho más claro cuando en el inciso 1 de su artículo 5° indica que la legislación de cada país es la que deberá determinar el alcance de las garantías previstas (en dicho Convenio) para las fuerzas armadas y la policía. En el inciso 2 del acotado artículo precisa, asimismo, que su ratificación no podrá menoscabar los instrumentos o normas internas que ya hayan otorgado a dichas categorías de trabajadores las garantías previstas en el Convenio. Ello considerando que de acuerdo con los principios de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo la ratificación de los Convenios que los países adopten no pueden de ninguna manera suponer menoscabo o desmedro de las condiciones más favorables que ya vienen gozando los trabajadores. Si bien su artículo 6° precisa que no aborda la situación de los funcionarios públicos al servicio del Estado, también refrenda que no podrá menoscabarse las garantías y derechos reconocidos a estos. Y estos son, en principio, el derecho de sindicación que reconoce sin distinción alguna el Convenio N° 87 (1948), que abarca por tanto en su ámbito de protección incluso a los trabajadores al servicio del Estado.

Finalmente corresponde analizar los preceptos contenidos en el Convenio N° 151 (1978), sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración

pública, ratificado por el Perú en la Decimoséptima de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución Política de 1979. La Organización Internacional del Trabajo tardó cerca de 30 años, desde los Convenios N° 87 y 98, en concebir un instrumento adecuado a la situación de los empleados públicos. Desde luego no ha sido óbice para desconocer que los trabajadores, sin distinción alguna y por tanto comprendidos también los trabajadores públicos, ya ostentaban el derecho de sindicación en función de lo declarado por el Convenio N° 87. Es por ello que el Convenio N° 151, en el inciso segundo de su artículo 1° entrega a manos del legislador nacional únicamente la posibilidad de determinar hasta qué punto conceder las garantías previstas en su texto respecto de los empleados de alto nivel que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. Y de igual forma, en el tercero de los incisos del mencionado artículo, respecto de las fuerzas armadas y policiales. La posibilidad de excluir a los empleados de alto nivel que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial constituyen un supuesto excepcional dentro del ámbito a su vez especial que constituye el empleo público y será materia de análisis por separado.

No es, por tanto, que los Convenios OIT excluyan a las mencionadas categorías de trabajadores. Si se considera que el Convenio N° 87 OIT (1948) entró en vigencia en el Perú en 1961, luego de haber sido aprobado por Resolución Legislativa N° 13281 y depositada su ratificación el 2 de marzo de 1960; y el Convenio N° 98 OIT (1949) entró en vigencia en el Perú en 1965,

luego de haber sido aprobado por Resolución Legislativa N° 14712 y depositada su ratificación el 13 de marzo de 1964; se desprende que empezaron a regir en el derecho nacional durante la carta constituyente de 1933. Esta no reconocía el derecho de sindicación a los miembros de las fuerzas armadas y policías. Si bien tampoco los excluía de manera expresa, debemos recordar que esta carta no reconoció el derecho de sindicación a ningún trabajador, al menos no de manera expresa o directa. Se encontraban las fuerzas armadas y la policía sometidas a un régimen estricto fundado en la disciplina y establecido por Ley, en el cual cualquier atisbo de insatisfacción acerca de las condiciones de trabajo sería vinculando inmediatamente con la insubordinación. En el caso de la norma constituyente actual, es claro que la opción del constituyente fue excluir expresamente del derecho de sindicación a los miembros de las fuerzas armadas y la policía, tradicionalmente privadas de dicho derecho.

En relación con los jueces y fiscales, deviene claro que los Convenios OIT no excluyen del derecho de sindicación a dichas categorías de trabajadores. Si se recurre al carácter de la declaración establecida en el artículo 2° del Convenio N° 87 OIT (1948) se advierte que es amplia e irrestricta, al consagrar el derecho sin distinción alguna. Estableciendo únicamente que pueda ser el legislador nacional quien pueda excluir a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Por tanto no ha previsto la posibilidad de exclusión de otras categorías de trabajadores. Aun considerando la actividad que realizan o el carácter especial de la misma, como podría alegarse de otras categorías de trabajadores distintos de los miembros de las fuerzas armadas y policiales.

Probablemente el ejercicio de la función pública que representan la persecución del delito y la tutela judicial, representados por el Ministerio Público y los órganos jurisdiccionales, haya sido considerada una situación sensible por el Constituyente, y en su afán de cautelar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los grupos o categorías de trabajadores insertos en dicho campo de actividad haya considerado conveniente restringir el derecho de sindicación en su caso.

Lo expuesto nos permite concluir preliminarmente que las exclusiones del derecho de sindicación en el ámbito público surgen en la norma constituyente, de algún modo y en algún grado, a partir de las particularidades que supone el ejercicio de la función pública en ciertos sectores o rubros de actividad específicos, como lo representan la seguridad y defensa nacional, la persecución del delito y la tutela judicial. Será sin embargo la exclusión de los altos funcionarios (en la medida que efectivamente correspondan a dicha calificación) y los trabajadores que ocupan cargos de dirección y de confianza la que motivará el análisis venidero, por ser categorías de trabajadores que encontramos presentes en todos los sectores de actividades en las que interviene el Estado y en todas las entidades del Estado.

Anotadas las exclusiones del derecho de sindicación que contiene la carta fundamental acerca de las diversas categorías de trabajadores y analizadas preliminarmente a la luz de los Convenios, corresponde contrastar el desarrollo que dichas disposiciones han merecido en la Ley. Por una cuestión de precedencia y considerando aún su vigencia, se abordará la Ley de Bases de la

Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, la Ley Marco del Empleo Público y la Ley del Servicio Civil, todas aplicables al común del sector público, por lo que, en su momento y de la forma que lo propusieron o proponen sus propias disposiciones pueden ser consideradas las normas generales en materia de lo laboral público. Naturalmente en este ámbito aún subsisten normas de régimen especial, no obstante lo cual no serán materia de análisis toda vez que, con la única excepción del régimen de contratación administrativa de servicios, no contienen disposiciones particulares sobre el derecho de sindicación.

Aún vigente, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada por el Decreto Legislativo N° 276 el 6 de marzo de 1984, en su artículo 24°, reconocía el derecho de sindicación como un derecho del servidor de carrera. Y por tanto excluía tácitamente a los servidores no comprendidos en ella. Funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. Además a los servidores contratados pero ello merecerá un comentario aparte.

Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público:

Artículo 2.- No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero si en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.

No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de

las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.

Artículo 24.- Son derechos de los servidores públicos de carrera:

(...)

II) Constituir sindicatos con arreglo a ley;

Como se puede apreciar, el grupo de trabajadores que la Ley excluyó expresamente de la carrera no comprendía a los funcionarios con poder de decisión, a quienes se refiere la Constitución de 1979 vigente al momento de decretarse la norma, situación que permite suponer que la exclusión era tácita. Solución que podría complicarse si se pretende incluir en dicho grupo de exclusiones a los que desempeñen cargos de dirección, a quienes además agrega la Constitución de 1993. Será el Reglamento de la Carrera Administrativa el que se encargue de precisar la exclusión de los funcionarios que desempeñan cargos de responsabilidad directiva, salvando dicho extremo de las “omisiones” de la norma de carrera. No se podrá dejar de advertir que los funcionarios que desempeñan cargos de responsabilidad directiva no se encontraban comprendidos en el grupo de trabajadores excluidos del derecho de sindicación que listaba la Constitución de 1979, vigente al momento de decretarse la norma bajo comentario.

Reglamento de la Carrera Administrativa:

Artículo 120.- Los servidores de carrera tienen derecho a constituir organizaciones sindicales y de afiliarse a ellas en forma voluntaria, libre y no sujeta a condición de

ninguna naturaleza. No pueden ejercer este derecho mientras desempeñan cargos políticos, de confianza o de responsabilidad directiva.

Al excluir del derecho de sindicación a los funcionarios que desempeñan cargos de responsabilidad directiva, el Reglamento excedió lo establecido en la norma legal que reglamentaba. No podrá perderse de vista su probable inconstitucionalidad al tratarse además de un grupo que no se encontraba en el listado previsto por la Constitución de 1979. Situación superada sin embargo con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993. No es óbice indicar que se parte de distinguir a los funcionarios que desempeñan cargos de responsabilidad directiva de los funcionarios que desempeñan cargos de confianza, quienes a modo de ejemplo se puede mencionar que tradicionalmente son quienes ocupando puestos de asesor o de consejeros en el aparato estatal, entre otros cargos sin ningún tipo de responsabilidad directiva.

Finalmente corresponde comentar la situación de los servidores contratados a quienes tanto la Ley como el Reglamento excluyen expresamente de la carrera administrativa y por ende del derecho de sindicación. El fundamento del servidor contratado era la naturaleza eventual del servicio que brindaba, en contraposición con la naturaleza permanente de los servicios que brindaba el servidor de carrera, lo cual abundaba precisamente en la existencia de una línea de carrera en el aparato estatal. Con el tiempo las restricciones presupuestales obligaron a las entidades prácticamente a desnaturalizar la eventualidad de los servicios que entiendo brindaban dichos trabajadores, aunado al fracaso de la línea de carrera pública y las normas de protección contra el despido a favor de los trabajadores públicos con más de un año de permanencia,

decantaron en que no fuera prácticamente posible distinguir entre la situación de un servidor de carrera y un servidor contratado. Por ello si bien el legislador los excluyó expresamente del derecho de sindicación por las características especiales de su vinculación con el Estado (no hacen carrera y son eventuales) tales fundamentos han sido rebasados por la realidad de la cosa pública en las últimas décadas. Por tanto su exclusión si bien en principio contravenía únicamente lo establecido en los instrumentos normativos supranacionales, en particular la disposición contenida en el artículo 2° del Convenio N° 87, ahora contraviene además de manera evidente el principio de igualdad en materia laboral. Es por ello que a pesar que encontrándose aún vigentes los términos de la norma en cuestión en la práctica ya no se les negaba el derecho de sindicación.

La Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, no menciona el derecho de sindicación. Si bien fue materia de una acción de inconstitucionalidad en atención a dicha omisión, entre otros aspectos, el intérprete de la Constitución consideró que no era necesario al encontrarse amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28° de la Constitución y tomando en cuenta que el artículo 15° de la Ley no excluía a los trabajadores públicos de los derechos que les otorga el ordenamiento vigente, entre ellos, pues, el de sindicación.

Ley Marco del Empleo Público:

Artículo 15.- Enumeración de derechos

El empleado público, sin excluir otros que le otorgan la Constitución y las leyes, tiene derecho a: (...)

No es vano recalcar que los tratados internacionales son parte del ordenamiento normativo nacional merced al artículo 55° de la Constitución Política vigente. Y entre estos los Convenios. Y los Convenios OIT –ratificados por el Perú–en especial son además integrantes del bloque de Constitucionalidad. Razón por la cual se entiende que estarán inobjetablemente comprendidos en el texto del citado artículo, aun cuando no se les mencione expresamente.

La Ley del Servicio Civil, en su artículo 40°, reconoce el derecho de sindicación de los servidores civiles pero opta por no invocarlo expresamente. Si bien el reconocimiento es genérico, al referirse al grupo de los derechos colectivos previstos en el Convenio N° 151 OIT, en el cual está el de sindicación, es su artículo siguiente, el 41°, el que desarrolla algunas disposiciones específicas sobre el derecho de sindicación en particular.

Ley del Servicio Civil:

Artículo 40. Derechos colectivos del servidor civil

Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza.

Se aplica supletoriamente lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2003-TR, en lo que no se oponga a lo establecido en la presente Ley.

Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente Ley.

#### Artículo 41. Normas específicas respecto a la sindicación

Los servidores civiles tienen derecho a organizarse con fines de defensa de sus intereses. Las organizaciones de servidores civiles deben coadyuvar en el propósito de mejora continua del servicio al ciudadano y de no afectar el funcionamiento eficiente de la entidad o la prestación del servicio.

La autoridad no debe promover actos que limiten la constitución de organismos sindicales o el ejercicio del derecho de sindicación.

Naturalmente los derechos colectivos de los servidores civiles no son solo los previstos en el Convenio N° 151 OIT y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. Lo son también los establecidos, sobre todo, en el Convenio N° 87 OIT y en especial el derecho de sindicación reconocido a todo trabajador, sin exclusión, por el artículo 28° de la Constitución Política. En el primer caso incluso el propio texto del Convenio N° 151 advierte que sus disposiciones son aplicables en la medida que a los trabajadores públicos no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros Convenios. Resultará mezquina, por todas estas razones, la redacción del artículo 40°. En todo caso, sin blandir la excusa de una especialidad que termina resultando mutiladora, se pudo señalar que, en puridad, los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y en los artículos pertinentes de la Constitución Política.

De otro lado, el artículo 40° excluye del derecho de sindicación, y demás derechos colectivos, a los funcionarios públicos, directivos públicos y servidores de confianza. Ello no estaría en línea con lo establecido en el artículo 2° del

Convenio N° 87 OIT, materia de comentario anteriormente, ni con el carácter omnicomprendido del artículo 28° de la Constitución Política, con todo y a pesar de las exclusiones que dispone en su artículo 42°. No obstante, las categorías de trabajadores públicos que excluye no dejará de ser lo más fiel posible con las que la Constitución excluye. Los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección serán, respectivamente, los funcionarios públicos, servidores de confianza y directivos públicos a que se refiere la Ley.

Finalmente la Ley, en el primer párrafo de su artículo 41° establece una nueva tarea para las organizaciones de servidores civiles. La de coadyuvar para la mejora continua del servicio al ciudadano y no afectar el funcionamiento eficiente de la entidad ni la prestación del servicio. No dejará de llamar la atención que la asignación de un nuevo rol para el sindicato. Coadyuvar para la mejora continua. Si de por sí, tradicionalmente, el sindicato ha tenido complicaciones para el cumplimiento de sus propios fines, esta disposición le traslada una carga adicional. Lo cual eventualmente resentirá su capacidad de gestión. Tan importante para el cumplimiento de sus fines. Si se trata de evitar afectar el funcionamiento eficiente de la entidad, es posible que la intención del legislador haya sido aclarar que la marcha institucional eficiente es un valor que debe primar, incluso por sobre el ejercicio de los derechos colectivos. Que el ejercicio del derecho de sindicación no deba afectar la marcha institucional será materia controvertible. Si esta marcha –funcionamiento- es *eficiente* entonces el asunto se torna doblemente controvertible, pues en ese caso probablemente el funcionamiento de la entidad, que de por sí es un valor para el legislador, viene

con un valor agregado. La eficiencia. Por ello no es arriesgado suponer que la pretensión del legislador es primar la marcha institucional por sobre la actividad sindical. So pena de resentir o dificultar el ejercicio del derecho de sindicación. Cuando no de relegarlo. Situación que, en una primera lectura, pareciera no ser la finalidad de la norma, pero que puede terminar siéndolo. Este primer análisis de la controversia suscitada entre el derecho de sindicación y la marcha institucional, como un valor consagrado por el ordenamiento, será muy útil para el posterior análisis de las cosas y por ello se volverá a considerar más adelante.

El régimen especial de contratación administrativa de servicios, regulado por el Decreto Legislativo N° 1057, modificado por la Ley N° 29849, prefirió reconocer el derecho de sindicación de los trabajadores bajo su ámbito de aplicación, a través del reconocimiento del derecho a la libertad sindical, y remitiéndonos al régimen laboral común, establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, según el texto siguiente:

Decreto Legislativo N° 1057, modificado por la Ley N° 29849:

Artículo 6.- Contenido

El Contrato Administrativo de Servicios otorga al trabajador los siguientes derechos:

(...)

- i) A la libertad sindical, ejercitada conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, y normas reglamentarias.

Ha sido materia contingente la regulación de este régimen de contratación de trabajadores públicos y el derecho de la igualdad que en materia

laboral enervó. Desde el inicio de su vigencia. Lo cierto es que su extinción ya está definida. Quedará para el análisis su utilidad y el rol que habrá jugado para la formalización del empleo en el ámbito público luego de décadas de informalidad y fraude en las relaciones laborales.

### **II.3 La Situación Especial que plantean ciertos Funcionarios con Poder de Decisión y Trabajadores de Confianza Excluidos del Derecho de Sindicación**

Si bien se trata de un derecho fundamental, el derecho de sindicación puede verse limitado por ciertas restricciones y estas han sido reconocidas en los instrumentos normativos supranacionales que hemos esbozado previamente. El Convenio N° 151 OIT (1978) acepta la posibilidad de restricción del derecho de sindicación respecto de los empleados de alto nivel que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos y a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. Corresponde centrarse en el estudio de tal disposición para conocer su real alcance, a partir de su interpretación como supuesto habilitante de tales posibles restricciones, y corroborar de esa manera el uso adecuado de tan crucial prerrogativa concedida por el derecho internacional al legislador nacional.

Serán los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) y el Comité de Libertad Sindical (CLS), los que orienten el sentido

que permita establecer el alcance de las citadas restricciones. Siendo tarea de los órganos de control la interpretación sobre las disposiciones de los Convenios concebidos en el seno de la Organización Internacional del Trabajo. Los pronunciamientos de dichos órganos por tanto conformarán el bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento, en tanto son estos (los órganos de control) los entes autorizados (y por ende ni los jueces, Tribunales ni ningún órgano en sede nacional) para explicar el sentido de los instrumentos normativos en mención, ejercicio que será indispensable para determinar la validez de las exclusiones suscitadas en nuestro ordenamiento.

Naturalmente en el análisis importa conocer los pronunciamientos referidos a lo establecido en el segundo inciso del artículo 1° del Convenio N° 151 OIT (1978), que faculta al legislador nacional el ejercicio de determinar hasta qué punto conceder las garantías, previstas en su texto, respecto de los empleados de alto nivel que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

Han sido los comentarios y opinión técnica del Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la OIT (2013), emitidos con ocasión del entonces proyecto de Ley N° 1846-PE, Ley del Servicio Civil del Perú, los que han brindado tres importantes pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones relacionados con el tema, los que serán materia de análisis a continuación.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC) en una solicitud directa efectuada al Perú (87°

reunión, Conferencia Internacional de Trabajo CIT, 1999), estableció claramente que no obstante ser considerados personal de confianza por la legislación nacional, los auxiliares jurisdiccionales deberían gozar del derecho de sindicación, pronunciamiento que fue expresado en los siguientes términos:

En relación con la primera cuestión, la Comisión toma nota de lo señalado por el Gobierno y vuelve a insistir en que, a pesar de que esta categoría de trabajadores sea considerada como personal de confianza por la legislación, los auxiliares jurisdiccionales deberían tener el derecho de crear sus propias organizaciones para defender sus intereses, por lo que pide una vez más al Gobierno que adopte las medidas necesarias para que la legislación reconozca a esta categoría de trabajadores tal derecho.

No deben pues, a criterio de la CEACR, los trabajadores de confianza estar impedidos de fundar sindicatos para la defensa de sus intereses. Ello sin perjuicio que se les reconozca como personal de confianza. Ello nos permite obtener preliminarmente valiosas conclusiones. Cuando el Convenio N° 151 faculta al legislador nacional a establecer hasta qué punto conceder las garantías previstas en su texto a determinado grupo de trabajadores, no está proponiendo excluirlos del reconocimiento del derecho por sí. Está flexibilizando la obligación del legislador de brindar también a estos las garantías de protección del derecho. Ello presupone que gozan del derecho. No por tanto lo mismo flexibilizar el nivel o grado de otorgamiento de garantías de protección de un derecho que la exclusión del derecho en sí.

Por otro lado, el informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, 2008, respecto de la exclusión del derecho de

sindicación de diversas categorías de empleados públicos y en alusión directa al derecho de sindicación sin distinción alguna consagrado en el artículo 2 del Convenio N° 87, expuso:

Artículo 2 del Convenio. 1. La exclusión del derecho de sindicación de diversas categorías de empleados públicos (...) en cuanto a la exclusión del derecho de sindicación para varias categorías de empleados públicos, incluidos los guardas penitenciarios, el personal civil en instalaciones militares, los funcionarios públicos superiores, los magistrados, etc., (...) La Comisión subraya que el artículo 2 del Convenio establece que los trabajadores sin ninguna distinción, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a ellas, y que la única excepción admisible en virtud del Convenio se refiere a las fuerzas armadas y la policía. En relación con los empleados públicos «en una posición de confianza», la Comisión recuerda nuevamente que no es compatible con el Convenio excluir totalmente a esos funcionarios públicos del derecho de sindicación. (...)

En este caso, para la Comisión de Expertos no deben considerarse excluidos los trabajadores de confianza, a la luz de lo consagrado en el artículo segundo del Convenio N° 87, que reconoce el derecho de sindicación de manera casi irrestricta, con la salvedad de las fuerzas armadas y la policía. A manera de ejemplo lista algunas de las categorías tradicional y probablemente excluidas en algunas legislaciones, como lo son los guardas penitenciarios, el personal civil en instalaciones militares, los funcionarios públicos superiores, los magistrados. Si bien su pronunciamiento se enfoca finalmente a la situación de los trabajadores en una posición o puesto de confianza, la mención que realiza a los funcionarios públicos superiores, entre otros, permite completar el criterio. Ninguna de estas categorías, sean los altos funcionarios o los trabajadores de

confianza, cuyas obligaciones se entiende son de naturaleza altamente confidencial, están excluidos. La norma, el artículo 2° del Convenio N° 87 entendido como el derecho de sindicación de todo trabajador sin distinción alguna, los alcanza plenamente. En función de ello no se podrá considerar válida una exclusión de estos grupos de trabajadores, como la que se encuentra contenida en nuestra carta constituyente.

A través del Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública (2013), la Comisión de Expertos se pronunció asimismo en relación con los alcances del Convenio N° 151, y las restricciones al derecho de sindicación de las categorías de trabajadores mencionados, en los siguientes términos:

(...) 48. El Convenio se aplica a «todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no le sean aplicables disposiciones más favorables de otros Convenios internacionales del trabajo». (artículo 1). Las únicas categorías de empleados públicos que pueden ser excluidas del ámbito de aplicación del Convenio por la legislación nacional (además de las fuerzas armadas y la policía, como establecían los Convenios anteriores) son: «los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos» o «los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial»

(...) 62. Empleados que, por sus funciones, poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial.

Además, el Convenio otorga a la legislación nacional el cometido de determinar hasta qué punto las garantías previstas en el Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o

desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial (párrafo 2 del artículo 1).

(...) 65. La Comisión considera que la noción de confidencialidad debe interpretarse de forma restrictiva; de igual modo, la calificación de las tareas como tareas de dirección o que conllevan poder decisorio debe limitarse tanto como sea posible.

La opinión de la Comisión de Expertos menciona la posibilidad de exclusión del ámbito de aplicación del Convenio N° 151 y con ello se entiende que excluye de la protección que éste proclama y exige, y no del derecho de sindicación. Ha quedado claro que el Convenio N° 87 ya reconoció a todos los trabajadores el derecho de sindicación, con la única excepción de las fuerzas armadas y policiales. Y es así que en el citado pronunciamiento la Comisión anota previamente, como una salvedad, que la aplicación del Convenio N° 151 no puede enervar las disposiciones más favorables de otros Convenios que alcancen a dichos trabajadores. Por tanto la posibilidad de exclusión se presenta como la opción de excluir plenamente de la protección que aborda el Convenio, no del derecho de sindicación. En ese orden de ideas los empleados de alto nivel que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos y los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial no podrán tener las garantías de protección del Convenio pero sí podrán sindicalizarse. Al determinar la legislación nacional que no les alcanzan a estos grupos de trabajadores las garantías y protección previstas en el Convenio N° 151, los está excluyendo únicamente del campo de protección de la norma supranacional.

Analizada la situación especial que representa la restricción del derecho de sindicación de esta categoría de trabajadores en el ordenamiento laboral

público nacional actual, queda finalmente pendiente aclarar si los empleados de alto nivel que poseen poder decisorio a que se refiere el Convenio N° 151 son efectivamente aquellos funcionarios con poder de decisión a que se refiere nuestra Constitución vigente al excluirlos expresamente del derecho de sindicación, y si los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial a que se refiere el Convenio N° 151 son aquellos funcionarios que ocupan puestos de confianza a que se refiere la Constitución. Respecto del primer grupo se advierte que los empleados de alto nivel son una sub categoría dentro de una categoría que podemos denominar empleados con poder de decisión. Sin desconocer que las categorías propias de los empleados también pueden ostentar niveles y sub niveles, el poder de decisión a su vez podrá tenerlo en función de la relevancia de lo que efectivamente se decida u otros factores. En cualquier caso el alcance de la disposición contenida en la Constitución Política es más amplia pues la restricción establecida en este aspecto comprende toda una categoría de trabajadores, cuando el Convenio N° 151 solo ha referido a una sub categoría de estos en su ámbito subjetivo de aplicación.

Por su lado los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial, a quienes se refiere el Convenio N° 151, distan de aquellos que ocupan puestos de confianza. Por la misma o similar razón que la anterior, el Convenio invoca un nivel o grado de confidencialidad especial, al calificarlo de alto, lo que hace suponer la existencia de obligaciones cuya naturaleza no obedece a un alto nivel o grado de confidencialidad. Por tanto este grupo probablemente se defina en función de la naturaleza de las obligaciones a

cargo del trabajador, deslindando por tanto del alcance de la restricción a los trabajadores cuyas obligaciones no ostenten naturaleza *altamente confidencial*.

Por tanto, se puede concluir en este apartado que será el objeto de la labor que realice el trabajador y no, por tanto, la confianza en sí, la que decida finalmente la posibilidad de restricción del derecho.



### III

#### **La determinación de los puestos directivos y de confianza, la facultad discrecional y el mérito**

##### **III.1 La determinación y el acceso a los puestos directivos y de confianza en el empleo público en el Perú**

Dice Miranda (2004, p. 71): “En todo sistema democrático la designación y remoción de los funcionarios de confianza derivada es libre en tanto se entiende que la implementación de los planes de gobierno requiere de un grupo de funcionarios políticamente leales. Aunque se advierte una tendencia a exigir requisitos mínimos de cualificación (con lo que estamos de acuerdo) ello no debería suponer la imposición de procesos de selección ni mucho menos de concursos públicos porque, a nuestro entender, afectaría severamente los sistemas de representación democrática.”

Existe consenso en la doctrina en que para gobernar a un país es necesario que el gobierno de turno ocupe algunos de los principales y altos cargos con personas afines al entorno del gobernante. Pero no parece adecuado pretender gobernar en base a cargos de confianza, estableciendo grandes prerrogativas para que las entidades públicas puedan incluir en sus estructuras organizacionales tales puestos y personas. Un exacerbado uso de los puestos de confianza sometería al designio político del momento la marcha institucional de una entidad, procurando que se cubran dichos puestos con personas afines por razones de amistad, de pensamiento político, u otro tipo de afinidad, en detrimento del ejercicio de la función pública, que exige en mayor medida el

profesionalismo y la capacidad, generando una defectuosa gestión del talento humano en la organización.

Debe primar el mérito, so pena de sujetar el ejercicio de la autoridad o el cumplimiento de las funciones a los factores externos al uso del imperio estatal. El mérito es consagrado como un principio de manera uniforme en la normativa que regula nuestro empleo público. Sin embargo, y a pesar de la uniforme consagración de dicho principio y su invocación permanente como justificación para toda reforma (incluso la reciente reforma suscitada por la Ley del Servicio Civil) cada vez las normas han venido otorgando mayores facultades a las entidades para determinar en sus cuadros de puestos los cargos de confianza y a los titulares de las entidades para designar a las personas que ocuparán éstos. Ello exige analizar el origen de este poder. Poder discrecional de designar y cesar en un cargo. Si esto consiste en una simple atribución administrativa o es, propiamente, el ejercicio de un acto de gobierno y por tanto necesario para gobernar. Y finalmente es necesario analizar si puede ser trasladado a los titulares de las entidades y estos a su vez a otros órganos dependientes jerárquicamente de ellos.

Según lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, el Presidente de la República, en uso del poder que el pueblo le ha otorgado, nombra a los Ministros de Estado, al Presidente del Consejo de Ministros y a algunos otros altos funcionarios y representantes del Estado. Asimismo, estos Ministros, poseen facultades para designar a los funcionarios “de su confianza”

en los cargos directivos (Directores Generales, Directores Ejecutivos, etc.). Esa elección se realiza, pues, de manera ampliamente discrecional.

Es decir, se hace uso del sistema denominado “libre designación”, para elegir a los funcionarios de alto rango. Esta es una característica de los cargos de confianza, que a su vez se aplica a algunos de los cargos directivos cuando la entidad decide que estos deban ser cubiertos según este sistema de acceso al empleo. Si bien para ello se debe respetar el porcentaje establecido en la Ley (antes la Ley Marco del Empleo Público y ahora la Ley del Servicio Civil), queda evidenciado que esto afecta el principio del mérito y la carrera administrativa que propone la regulación actual del empleo público. Si para acceder a determinados cargos directivos utilizamos el sistema de libre designación, reducimos la de los trabajadores de base que han debido acceder al empleo por un estricto sistema de evaluación y selección y han debido demostrar sus capacidades y condiciones y todo eso y además seguro a muchos de estos les reducimos las aspiraciones, en relación con la carrera que esperan seguir, pues ahora tendremos esos puestos ocupados con personas que obedecen a cánones ajenos (¿confianza de tipo político o personal? ¿fidelidad o lealtad al que lo designa?) y que por la naturaleza misma de los puestos se entiende que estos deben ser de carácter técnico, so pena de resentir la gestión o desnaturalizar la finalidad del trabajo público. En otras palabras, socavamos el mérito.

Si bien el sistema de libre designación supone inestabilidad en el empleo, en tanto la permanencia en el cargo depende básicamente de la confianza o la lealtad, es altamente útil cuando se desea tener flexibilidad (libertad para el

acceso y el cese en el empleo) en el puesto de empleo. Esto implica una serie de consecuencias en los derechos individuales (derecho al trabajo) y colectivos (libertad sindical) a las que será posible oponerse en tanto se orienten a cubrir los cargos con personas de carácter técnico, lo cual supone de antemano una adecuada calificación del puesto. Situación que no nos garantiza la Ley. Si bien exige que se encuentren previstos los requisitos en los documentos de gestión correspondientes (Manual de Puestos u otro) Ahora, en el caso de los servidores de confianza, el sistema es transversal pues otorga a las entidades la posibilidad de incluir en dichos puestos a cualquier trabajador de los grupos de trabajadores existentes. Así por ejemplo, un trabajador de apoyo o de actividades complementarias (según la clasificación de servidores de la Ley del Servicio Civil) como lo es un asistente administrativo o una secretaria, podrá ser de confianza y por tanto encontrarse excluido del derecho a la estabilidad en el empleo y algunos otros de sus derechos fundamentales pues ello supone el acceso a través del sistema de libre designación, por el simple hecho de la calificación del puesto como de confianza en función a la discrecionalidad del operador público, cuando debería ello basarse en criterios técnicos. Lo cual, nuevamente no nos garantiza la Ley estableciendo un criterio tan poco riguroso como la cercanía al entorno de quien lo designa y una cuota o un porcentaje máximo de puestos. Lo cual (esto último) además podrá ser exceptuado por la propia Autoridad del Servicio Civil cuando lo considere conveniente en función de criterios que actualmente se desconoce.

La Ley del Servicio Civil otorga, pues, un gran margen de discrecionalidad al operador público para la calificación del puesto, es decir, al

establecer como parámetro la cercanía al entorno de quien lo designa y un porcentaje límite, la deja prácticamente librada a la plena discreción de la entidad al momento que ésta elabora sus cuadros de puestos.

Por tratarse de un poder excepcional y altamente discrecional el que irroga a las entidades lo establecido en la Ley del Servicio Civil (la atribución de designar y cesar a estos trabajadores de confianza y a aquellos que ejercen cargos directivos), cabe dilucidar hasta qué punto dicha potestad debe emanar a partir de lo establecido por la propia Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y no de una ley ordinaria, como lo es la Ley del Servicio Civil. Ello impone tratar de entender en qué consiste esa potestad discrecional, de quien designa y cesa, determinando de donde proviene y hasta dónde alcanza.

### **La potestad originaria emanada del estado y la facultad discrecional**

El poder, definido por Burdeau (1964. p. 164) como una fuerza al servicio de una idea, ha experimentado un proceso de crecimiento y expansión cada vez más intensos. El ejercicio del poder ha puesto en nuestros días, en cabeza de nuestros gobernantes, un cúmulo de autoridad tal, como jamás soñaron ejercerla los monarcas absolutistas. En ese contexto, tenemos un Estado cada vez más grande, más voluminoso. Las múltiples tareas que desempeña el Estado lo obligan a habilitar cada día nuevas oficinas, nuevas reparticiones, a requerir el servicio de mayor cantidad de empleados, a tornar en suma, más compleja su maquinaria. En ese sentido, el Estado ha ido liberándose en forma progresiva del sistema de controles que clásicamente fueron previstos y ha

logrado actuar con un margen de libertad enorme, pudiendo tomar decisiones cuya discrecionalidad intensifica el margen y el ejercicio de su autoridad natural.

Dice Bianchi (1990) que el crecimiento del Estado, refiriéndose sobre todo a las últimas décadas, no ha sido, empero, armónico. Agrega que, en esa carrera del “gigantismo” estatal, quien ha participado básicamente ha sido el Ejecutivo, el que poco a poco se ha enseñoreado de la función de gobierno, hasta desplazar a los otros poderes a un desempeño minúsculo y en muchos casos, formal. Se han acumulado en el Poder Ejecutivo muchas de las funciones que no tienen cabida en los restantes poderes. Podría prescindir de una legislatura o judicatura, pero en modo alguno puede prescindirse de la función ejecutiva y administrativa, pues sería como prescindir del nervio motor del Estado (pp. 201-202).

Para García de Enterría (1981) La doctrina del derecho administrativo ha surgido sobre el esquema de la división de poderes. En ese sentido, se acepta con naturalidad que la administración, en cuanto incorporada al llamado “poder ejecutivo” (así como, en menor medida, a los otros poderes) ejecuta, en efecto, la Ley (p. 286).

Al respecto, es pertinente precisar que la discrecionalidad entraña una potestad decisoria que se mueve dentro de supuestos generales consignados en la norma jurídica. Por tanto, la facultad discrecional se ostenta como el poder de apreciación que tiene la autoridad respecto de un caso concreto para encuadrarlo dentro de la hipótesis normativa preexistente, cuyos elementos integrantes deben

necesariamente observar. En otras palabras, la facultad discrecional maneja estos elementos para referirlos a la situación específica de que se trate, pero jamás importa la facultad de alterarlos. La sola idea de que una autoridad pueda, a pretexto de ejercitar dicha facultad, actuar sin ley o contra la ley, equivaldría a subvertir todo el régimen de derecho mediante la vulneración al principio de legalidad que lo sustenta.

Desde el punto de vista de la libertad que la Ley otorga a la Administración, existen dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales. La Facultad reglada, vinculada u obligatoria es aquella que la ley otorga y exige imperativamente al órgano administrativo, su cumplimiento, es una obligación ineludible (Acosta, 1997, p. 1082). La potestad discrecional actúa de modo diferente. Aquí hay un componente de libertad que la ley otorga a la Administración para elegir entre uno y otro curso de acción; para hacer una otra cosa, o hacerla de una u otra manera (Dromi, 1973, p. 467).

La facultad discrecional se contratará allí donde la Administración cuente con la posibilidad de elección entre varias alternativas: sea que la elección se limite al momento en que se actuará, sea que se extienda a la determinación de la situación de hecho ante la cual dictará el acto previsto por la norma, a la determinación del acto que dictará ante la situación del hecho que la norma prevé o, en fin, a la determinación tanto de los motivos como del objeto del acto. Cualquiera que sea el aspecto sobre el cual recae la posibilidad de elección, se tratará de una facultad discrecional (Mairal, 1984.p. 647)

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe precisar que la doctrina moderna es consciente de que la discrecionalidad no podría ser total si no parcial, es decir, relativa a los elementos y aspectos que la propia ley define. Por otra parte, discrecionalidad no es lo opuesto a lo reglado, ya que aunque parezca contradictorio aquélla facultad tiene, al menos, cuatro elementos reglados, como son el mismo hecho de que nace del ordenamiento jurídico en aplicación del principio de legalidad; que se ejerce dentro de una determinada extensión; que es competencia de un órgano específico y no de cualquiera; y que tiende hacia un fin que siempre tendrá un carácter público (García de Enterría, 1989, p. 454).

En la administración pública, eventualmente se puede concebir a la discrecionalidad como una posibilidad de superar una serie de obstáculos que se le presentan. La discrecionalidad ofrece una mayor posibilidad de desenvolvimiento de la administración al fijar ella la oportunidad de la actuación y dándole la posibilidad de opción por una de entre varias formas de actuación, todas amparadas por el Derecho. Naturalmente, este tipo de actuación administrativa no tiene por qué llevar consigo una infracción al ordenamiento jurídico violando los derechos subjetivos del administrado. Aun cuando ello es más probable y susceptible de ocurrir aquí que cuando la Administración actúa por la vía de la actividad reglada. Distinto es lo discrecional a lo arbitrario.

Al respecto, una razón que podría permitir una mayor discrecionalidad en la administración la tendríamos que sustentar en la necesaria premura, urgencia y adaptabilidad para adoptar decisiones eficaces reclamadas especialmente en la actividad de desarrollo económico que la administración pública realiza, como

podrían ser las relativas a la designación de servidores de confianza y de directivos públicos de libre designación.

Por otro lado, no cabe duda que el control de la discrecionalidad especialmente por la vía de la desviación de poder, el abuso de poder, y los conceptos jurídicos indeterminados, debe encomendarse al órgano judicial, quien contrastará fielmente la discrecionalidad con el margen que a la misma concedan el ordenamiento jurídico y los hechos determinantes en la especie.

En dicha labor, debe tomarse en consideración, en todo caso, el hecho que el uso de la potestad discrecional vaya dirigida a generar actos administrativos de motivación y finalidad indudable de interés público. Aparece aquí el control por resultado del acto, evaluación judicial que se hace de la inequidad manifiesta y de la proporcionalidad de él. Por tanto, la facultad discrecional de la administración pública, en general, no debe ser ilimitada; ya que la misma no debe ser empleada de manera antojadiza o arbitraria, sino que debe estar sometida a la Ley; es decir, debe estar revestida de legalidad como una primera e inmediata garantía para los administrados.

### **El principio de legalidad y los actos políticos de gobierno**

#### a) El principio de Legalidad de la administración

Dice Marienhoff (1982) que se tardó mucho en adquirir la convicción de que la administración pública estaba sometida al derecho y

obligada a actuar de acuerdo con principios jurídicos. Las sombras del Estado de policía oscurecieron el ambiente durante largo tiempo. Lamentablemente, en algunos códigos procesales contencioso-administrativos se llegó al extremo de admitir dicha acción sólo tratándose de la impugnación de actos administrativos emitidos en ejercicio de la actividad reglada o vinculada (p. 21), negando la procedencia de tal acción cuando se tratase de impugnar un acto administrativo emitido en ejercicio de la actividad discrecional o libre de la administración. Pero tales anacronismos conceptuales han ido superándose con el avance de nuevas ideas y con el afianzamiento del derecho. Por ello, hoy también se admite dicha acción para defender no sólo derechos subjetivos, si no también intereses legítimos, y no sólo derechos subjetivos nacidos de la actividad reglada o vinculada de la administración, si no también nacidos de la actividad libre o discrecional de la administración.

Por ello, el Estado de Derecho no solo se caracteriza por su sustantividad, reconocimiento y tutela de derechos públicos subjetivos, si no también por la forma en que se alcanzará dicho objetivo. En particular, a través del sometimiento del Estado, y dentro de él principalmente a la administración, a la Ley. El principio de legalidad enuncia que la administración actuará siempre ciñéndose estrictamente a la norma legal, es decir, a la Ley y al resto del ordenamiento jurídico, a todo el bloque de legalidad (Entrena Cuesta. p.167). Toda acción singular debe estar justificada en una Ley previa.

Según Pose (1985) el principio de legalidad se expresa mediante un mecanismo preciso: la técnica de atribución de potestades (competencia), expresión que debemos distinguir de los derechos subjetivos, aunque ambos son especies que pertenecen al género de poderes jurídicos. En efecto, aquellas devienen directamente del ordenamiento, su contenido es genérico e indeterminado, no consisten en pretensiones concretas, si no en la posibilidad abstracta de que, mediante su ejercicio, se generen relaciones jurídicas particulares; en fin, no se corresponden con ninguna obligación especial de terceros si no con una simple sujeción de las personas a soportar, en su esfera de intereses, los eventuales efectos derivados del ejercicio de ella. Los derechos subjetivos, en cambio, se originan en relaciones genéricas en relaciones jurídicas concretas; se refieren a objetos o prestaciones determinadas; se corresponden con un deber que pesa sobre un sujeto o una generalidad obligados respecto del titular a hacer o no hacer (p. 34).

El principio de legalidad de la administración establece entonces la obligatoriedad de la administración pública de actuar con acatamiento de la Ley y el derecho, dentro de las facultades atribuidas y los fines de estas. Su propósito es mantener el imperio de la legalidad y justicia en el funcionamiento administrativo, confiriendo, en cada caso concreto, la oportunidad de defensa, asegurando al administrado la aplicación de la norma adecuada, de tal forma que no quede posibilidad de actuación irresponsable o arbitraria del funcionario (Bartra, 2002. p. 70).

Según García de Enterría (1981) la Ley no es presupuesto, si no límite para la actividad administrativa, es decir, la administración puede hacer todo aquello que la Ley no prohíbe, doctrina que domina hasta hoy, y se manifiesta a propósito del tema de la potestad discrecional configurado como el poder libre de que dispone la administración allí donde la Ley no ha regulado (p. 286). Todo ello podría tener por finalidad, entonces, fiscalizar la administración, suprimiendo la arbitrariedad irresponsable, promover la regularidad administrativa y afianzar los principios de seguridad jurídica y eficacia (Dromi, 1983. p. 509).

Sin embargo, no obstante su esencialidad, este principio está falto aún de una elaboración técnica adecuada. Así, se podría decir que la administración realiza sus propios fines materiales múltiples simplemente dentro del límite legal, lo que vendría a configurar el origen de la doctrina llamada “vinculación negativa de la administración por la Ley” (García de Enterría, 1989. p. 286). La administración no sería entonces una aplicación de la Ley si no una actividad dentro de los límites legales. Frente a ello, surge la doctrina de la vinculación positiva, que establece que la administración no puede obrar sin que el ordenamiento expresamente lo autorice, tomando en consideración la fórmula latina “*quae non sunt permissa prohibita intelliguntur*” o “ha de entenderse prohibido lo no permitido”. Contrapuesto al principio “debe entenderse permitido todo lo que no está prohibido” (“*permissum videtur in omme*

quod non prohibitum”). En ese contexto, el efecto propio de la Ley, el ordenamiento jurídico en general, sobre la administración sería un efecto habilitante. Lo característico de la norma administrativa es que confiere poderes, habilita a la administración para un obrar concreto. La facultad discrecional es un poder, tanto como lo es la facultad reglamentaria, atribuido de un modo positivo por el ordenamiento. Al margen de la Ley no existe discrecionalidad si no imposibilidad de obrar por ausencia de poder para ello. La discrecionalidad supone, entonces, una atribución positiva de un poder de tal carácter por el ordenamiento jurídico; o sea la Ley. La figura jurídica que explica esta especial relación es la figura técnica de la potestad. Así, la Ley atribuye potestades a la administración; restando concretar a la doctrina plasmada en la legislación positiva, luego, que esa atribución de potestad (que ha de ser determinada positivamente por el ordenamiento) pueda serlo en forma expresa o en forma implícita (García de Enterría, 1981, pp. 289-291).

Respecto de los funcionarios de confianza, debe quedarnos claro, de lo expuesto, que en razón del origen de las potestades (que se caracterizan por ser inalienables, intransmisibles e irrenunciables) únicamente pueden efectuar su designación y cese aquellos que ostenten la atribución positiva del poder para ello. Si este poder es originario del gobernante, no podría ser delegado en otros órganos o autoridades. A pesar que la Ley lo establezca y ello sea aceptado de modo pacífico incluso por la doctrina.

Ello implicará o no que los actos de designación de servidores de confianza, como todo acto jurídico, deberían desde la perspectiva del Derecho Administrativo estar sujetos al control jurisdiccional. Una alternativa es que se encuentren sometidos a la doctrina de los actos políticos de gobiernos, que los sustraen de él.

b) El problema de los actos políticos de gobierno

Refirió Pose (1985, p.35) que la facultad discrecional es exigencia insoslayable para toda acción de gobierno, so pena de convertir a sus integrantes en meros autómatas. Me parece posible, a partir de este postulado, comprender y luego discutir la naturaleza del acto político.

El problema del acto político ha sido uno de los más discutidos en la doctrina del Derecho Administrativo. La razón de ello es la elaboración de la teoría del acto político como un acto distinto del acto administrativo, especialmente en los aspectos de control jurisdiccional. Se ha entendido que los órganos administrativos cúspides de la Administración central desdoblan su actuación en competencias políticas y administrativas. Lo que no debería ser así, pues el órgano es único, la autoridad que lo dicta es la misma, y la finalidad es también de interés público.

Pero si el acto político se delimita por la finalidad que persigue el órgano al dictar el acto y por la situación que se trata de afectar, que debe ser política, dicho acto podría ser dictado para evadir el posible control

jurisdiccional que como acto jurídico pudiera tener desde la perspectiva del Derecho Administrativo. Nos encontraríamos aquí con que la seguridad jurídica de los administrados se vería permanentemente afectada. Ahora, si el acto político fuera necesario o de difícil eliminación, el Derecho Político-Constitucional, y el Derecho Administrativo deberían señalarle claramente y en forma precisa las fronteras y límites a dicho acto político. Hoy es un imperativo dirigido a la Administración Pública de fijar sus potestades a sus justos límites, a su connatural competencia y a no desorbitar la esfera de su actuación trastrocando la verdadera naturaleza de sus actos que, querámoslo o no, deben someterse a la legalidad, única posibilidad de vernos regidos por el Derecho.

Es pertinente advertir un tema vinculado a los actos políticos de gobierno, como lo es el de la delegación de facultades. Las competencias de la Administración Pública pertenecen al Poder Ejecutivo, en gran medida. Es éste el que se encarga de delegarlas a sus órganos inferiores. La fuente primera de la competencia es la Constitución y ella entrega todo el Poder, en definitiva, a escasos órganos, quienes por consiguiente, se ven obligados a delegar, a su vez ese poder en otros inferiores. En ese aspecto, sería impensable, por ejemplo, una Administración Pública conducida por el Presidente y sus ocho Ministros solamente. Sin embargo, resulta muy difícil trazar la línea divisoria de “hasta dónde” la delegación está permitida. Eso parece ser más bien una relegada tarea para el casuismo judicial (quien debe juzgar si cada delegación contraviene la constitución), pues hay materias que permiten una mayor

amplitud en la delegación, una mayor discrecionalidad por parte del órgano delegado. En ese sentido, y hablando de los actos políticos de gobierno, es evidente que no se puede poner en marcha un plan de gobierno si no se confiere cierta cuota de discrecionalidad, en el obrar, al ejecutor del mismo. La delegación, pues, se resume en ello, en la cuota de discrecionalidad que se le acuerda al órgano administrativo para que pueda ejecutar la Ley.

Respecto al ordenamiento nacional, es necesario precisar que la Constitución Política de 1993 no proporciona argumentos para distinguir propiamente a los actos políticos del gobierno de los actos de la administración. Por ello, a efectos de analizar el régimen jurídico de los actos de gobierno tenemos que remitirnos a la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que establece en su artículo 8° que el Presidente, con la participación del Consejo de Ministros, del Presidente del Consejo de Ministros o de algún Ministro en concreto, puede dictar Decretos Legislativos, Decretos Supremos y Resoluciones Supremas. De acuerdo a lo contemplado en el inciso 19 del artículo 119° de la Constitución Política, es necesario agregar también aquí a los Decretos de Urgencia. En consecuencia, de acuerdo al ordenamiento peruano, estos son los únicos actos por los cuales el gobierno, ya sea en ejercicio de su función política o administrativa, puede actuar jurídicamente, es decir produciendo efectos jurídicos (Baca, 2001. p. 170).

Lo que si distingue la Constitución Política son las funciones de gobierno y de administración. Además del Presidente, participarían de esta función de gobierno el Presidente del Consejo de Ministros, los Ministros y el Consejo de Ministros, quienes conformarían el Gobierno. Sin embargo, ninguna disposición de la Carta Magna nos permite deducir cuál es el régimen jurídico de los actos por los cuales se ejercería dicha función de gobierno y si, como consecuencia, es necesario reconocer la existencia de la categoría de actos de gobierno en el Derecho Peruano. Al respecto, hay que tener en cuenta que el artículo 45° de la Constitución establece, con carácter general, la sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y a las leyes; mientras que el artículo 139° inciso 3 consagra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que exige la plena justiciabilidad de los actos que afecten derechos e intereses legítimos de los administrados ((Baca, 2001. pp. 168-170).

Así, siguiendo a Baca (2001), los actos propios del gobierno son controlables por los tribunales, siguiendo las reglas de los actos administrativos. Su régimen jurídico, definido por la sujeción a la Ley y la posibilidad de control jurisdiccional, es exactamente el mismo que el de aquellos actos cuyo carácter administrativo nadie discute. Estos actos gozarían de una presunción *iuris tantum* de legalidad, controlable por los tribunales, como todos los actos dictados en virtud de la potestad administrativa. Por tanto, no configura una categoría distinta de actos políticos o actos de gobierno, si no que constituyen actos administrativos

de la administración pública, por los cuales ésta, en su nivel superior participa en la dirección política del Estado (pp. 175-176).

### **III.2 La facultad discrecional y el mérito y su relación con los puestos de dirección y de confianza en el empleo público excluidos del derecho a la sindicación.**

En el anterior capítulo se concluyó que será el objeto de la labor que realice el trabajador y no la confianza en sí, la que lo incluya en la categoría sometida a restricción del derecho de sindicación.

Al parecer la Ley del Servicio Civil no considera el criterio expuesto. En el inciso e) de su artículo 3° define al servidor de confianza como aquel servidor que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios o directivos públicos y cuya permanencia en el servicio civil está determinada y se supedita a la confianza de quien lo designó. Por tanto el criterio no será el objeto de la labor que realice el trabajador, que es lo que se desprende de los instrumentos normativos supranacionales antes analizados.

Por tanto, al definir la confianza, la norma no toma en cuenta la naturaleza de las obligaciones, pero si la situación especial que se genera entre la persona que es designada en un cargo de confianza y quien lo designa en dicho puesto. Para Morell (1994) esa confianza que sustenta la designación de un funcionario es entendida como lealtad, pues a partir de la designación se concibe como una “fidelitas” o lealtad a la persona que lo coloca en el puesto (pp. 27-28).

En ese orden de ideas, para Miranda (2004) el término confianza en el empleo público supone confianza política, que es originaria o derivada

dependiendo si se recibe directamente del pueblo o si proviene de alguno de los poderes constituidos o del funcionario con atribuciones legales para designar, como es en el caso a que se refiere la Ley del Servicio Civil al definir al servidor de confianza. En cualquiera de los casos corresponde a alta representación del Estado, conducción de organismos y formación y desarrollo de políticas de diversas clases y tendría una connotación política. No obstante, y siguiendo a Miranda, el grado de acceso a información confidencial o reservada y laborar en contacto con el empleador, características de la confianza en el ámbito privado, también pueden aplicar en una relación de confianza en el empleo público, pero no se confunden con aquellas (p. 71).

Asimismo De Buen (2000) citado en un informe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo, considera que los trabajadores de confianza son aquellos con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del empleador.

Sin embargo, nuevamente, ninguno de estos ha sido el criterio abrazado por la norma laboral pública para determinar la naturaleza del cargo de confianza.

Si bien la Ley del Servicio Civil en su artículo 77° de forma plausible intenta limitar el ámbito de los servidores de confianza, y por ende ampliar el ámbito del personal estable o de carrera, al establecer un porcentaje (5%) y una cantidad (50) máxima en función del total de servidores de una entidad, que los de confianza no deben exceder, sin embargo establece la posibilidad de considerar excepciones a dichos topes, con lo cual se incrementaría el número de

trabajadores bajo esta condición. Condición que, como se comentase, estará peligrosamente determinada en función a la lealtad a la persona que lo coloca en el puesto y no a la naturaleza de las labores que realiza.

Así entendida, es nociva. En ese sentido, Arce (2006) considera que el retiro de la confianza es un motivo con una fuerte dosis de subjetividad que sin duda agravia al derecho del trabajo, en tanto no configura una causa justa de despido.

En los comentarios y opinión técnica del Departamento de Gobernanza y Tripartismo de la OIT (2013), emitidos con ocasión del entonces proyecto de Ley N° 1846-PE, Ley del Servicio Civil del Perú, se señala expresamente que es esta (la norma que establece excepciones a los límites) una norma muy abierta, que pudiera debilitar el sentido que la Ley persigue, es decir, un sistema funcional que se levanta sobre el principio del mérito.

Surge como probabilidad que la norma busca, al soliviantar sus criterios, obtener una mayor flexibilidad en la gestión de las entidades públicas. En ese orden de ideas, en contraposición al mérito, la celeridad se concibe como un principio en la función pública, es decir que la gestión de los servicios públicos asegure el cumplimiento de su finalidad dentro de los plazos establecidos (al respecto se puede ver el inciso 9 del artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158), para lo cual será imprescindible garantizar que los trabajadores no puedan con sus conductas o acciones afectar tal finalidad.

No será tarea fácil determinar hasta qué punto se puede resentir la institución del mérito y reforzarse la celeridad en la gestión pública. Entregar a la discrecionalidad del operador público la determinación de un puesto de

trabajo sin establecer adecuadamente un criterio que impida la afectación de un derecho fundamental como el de la sindicación, o el de estabilidad, debe obligar, a quienes concierne, a establecer criterios que brinden mayores seguridades en orden de lo que dictan los instrumentos normativos internacionales y a expensas del espíritu de lo establecido en nuestra propia Constitución.

Esa tarea es aún más necesaria si consideramos que según la Ley del Servicio Civil un trabajador público de cualquier grupo puede ser de confianza en virtud de la calificación de su puesto de trabajo como uno de servidor de confianza, librando ello a la voluntad de quienes deciden el diseño u organización de una entidad, sin que obedezca al mayor o menor grado de complejidad de las labores a su cargo ni a su mayor o menor nivel de responsabilidad.

¿Hasta qué punto ello se justifica? ¿Una razón práctica (mayor flexibilidad en la contratación de trabajadores y consecuente celeridad en la gestión) es suficiente? Si se trata de derechos fundamentales concernidos (sindicación e incluso estabilidad) toda justificación podría quedar corta. No sea que mañana sea tarde para evitar que el mérito de las personas con capacidad profesional técnica se incline ante la lealtad que le impone la cuota de poder político gobernante.

## CONCLUSIONES

1. Las disposiciones contenidas en los instrumentos normativos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no excluyen a ningún trabajador del derecho de sindicación. Únicamente conceden a la legislación de cada país miembro la posibilidad de determinar hasta qué punto reconocer tal derecho a las fuerzas armadas y policiales. Y en el ámbito especial del empleo público respecto de los empleados de alto nivel que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos y empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. Siendo ello en cualquier caso un supuesto excepcional y no la regla.
2. Las disposiciones contenidas en los instrumentos normativos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que permiten decidir a cada país miembro la posibilidad excepcional de excluir a determinadas categorías de trabajadores del derecho de sindicación deben interpretarse y aplicarse de modo restrictivo, de modo que los trabajadores excluidos correspondan a los supuestos que estas disposiciones han previsto.
3. No queda claro que los trabajadores que ocupan cargos directivos de libre designación y remoción y los que ocupan cargos de confianza en las entidades públicas son los trabajadores que la Constitución Política excluye de los derechos de sindicación y huelga, a la luz de los Convenios e instrumentos normativos supranacionales.
4. No queda claro que la potestad de designar trabajadores en cargos directivos de libre designación y remoción y a los que ocupan cargos de confianza, que otorga la Ley del Servicio Civil corresponda únicamente a los titulares de las entidades públicas, para lo cual además dichas disposiciones deben ser congruentes con lo previsto al efecto por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
5. Los criterios para determinar los puestos que ocupan los trabajadores de confianza y los que acceden a cargos directivos a través del sistema de libre

designación y remoción deben obedecer a criterios técnicos y no únicamente a los que actualmente prevé la Ley (cercanía al entorno de quien lo designa o con fórmulas generales como indicar que se trata de cargos técnicos o políticos) debiendo considerar además que los límites para evitar un uso desmedido, como el establecimiento de un porcentaje, son actualmente relativos. Lo contrario a esto supondría debilitar en alguna forma el principio del mérito.

6. Aparentemente la Ley trata de justificar la flexibilidad para determinar los puestos que ocupan los trabajadores de confianza y los que acceden a cargos directivos a través del sistema de libre designación y remoción cargos, en el funcionamiento eficiente de la entidad, pero no deja de ser discutible hasta cierto punto que ello debilita en alguna forma el principio del mérito, que es la base del sistema del empleo público.



## 7. Referencias bibliográficas:

*LEY N° 1846-PE. LEY DEL SERVICIO CIVIL DEL PERÚ. Comentarios y opinión técnica* (2013). Departamento de Gobernanza y Tripartismo OIT. Ginebra.

*Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública* (2013). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1B).

*La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* (2006). Quinta Edición.

ACOSTA, Miguel. *Teoría General del Derecho Administrativo*, 13va. Edición. Editorial Porrúa. México, 1997.

BACA, Víctor. *Los Actos de Gobierno. Un estudio sobre su naturaleza y Régimen Jurídico aplicado al Ordenamiento Peruano*. Universidad de Piura. Piura, 2001.

BACIGALUPO, Mariano (1997). *La Discrecionalidad Administrativa (Estructura Normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

BALBÍN, Edgardo (2005). *Unilateralismo y Negociación Colectiva en la Administración Pública*. Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.

BARTRA CAVERO, José (2002). *Procedimiento Administrativo, Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima, Perú.

BIANCHI, Alberto (1990). *La Delegación Legislativa, Teoría de los Reglamentos Delegados en la Administración Pública*. Buenos Aires, Argentina: Abaco de Rodolfo Depalma.

BURDEAU, George (1964). *Método de la Ciencia Política*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

CABRERA, Marco y QUINTANA, Rosa (1984). *Introducción al Estudio de la Función Pública*. Lima, Perú: SAGSA.

CABRERA, Marco y otros. *Aplicación del Decreto Legislativo N° 276 y su vigencia en el marco de la modernización del Estado*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos

CENTRO DE INVESTIGACIÓN PARLAMENTARIA. *Carrera Pública: Problemas y propuestas*. Lima, Junio 2003.

DANÓS, Jorge (2001). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley 27444)*. Lima, Perú: Ara Editores.

DANÓS, Jorge (2002). Regulación jurídica de la función pública en el Perú. En: *La profesionalización de la función pública en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

DROMÍ, José (1983). *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Astrea. 2° Edición

DROMÍ, José (2000). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 8° Edición.

ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, España.

GALINDO, Miguel (2000). *Teoría de la Administración Pública*. México: Editorial Porrúa.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1981). *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*. Madrid, España: Tecnos. 2° Edición.

GARRIDO FALLA, Fernando (1966). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, España: Instituto de Estudios Políticos. Tomo II.

GONZÁLEZ, Jesús y GONZÁLEZ, Francisco (1999). *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Madrid, España: Civitas. Segunda Edición. Tomo II.

GUERRA, Guillermo (1994). *Función Pública, el personal al servicio del Estado*. Trujillo, Perú: Universidad Antenor Orrego de Trujillo.

INFORME de la Comisión Multisectorial, creada por el Decreto Supremo N° 004-2001-TR, de fecha 23 de febrero del 2001 (publicado el 28 de febrero del 2001); sobre la situación del Personal de la Administración Pública.

IÑIGO MARTÍNEZ DE PISÓN, Aparicio (1995). *Régimen Jurídico de la Función Pública y Derecho al cargo*. Madrid, España: Civitas.

JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Justino (1980). *La libertad Sindical*. Montevideo, Uruguay: Fundación Cultura Universitaria.

- MAIRAL, Héctor. *Control Judicial de la Administración Pública*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1984
- MIRANDA, Guillermo “Instituciones y perspectivas del Derecho Laboral Público”. *Derecho y Sociedad*. N° 2004 23. Año 15. p. 61 – 75.
- MOLINA GARCÍA, Mónica (2000). *EL Contrato de Trabajo en el Sector Público*. Granada, España: COMARES.
- MOREL, Luis (1994). *EL Sistema de la Confianza Política en la Administración Pública*. Madrid, España: Civitas.
- MORÓN, Juan (1992). *La vía administrativa en el Derecho Peruano*. Lima, Perú: Grijley.
- NÚÑEZ, Pamela. (12 de diciembre 2013). *La necesidad de una política pública en favor de la sindicación, como derecho fundamental y humano*. Lima, Perú: PUCP. Tesis para optar el título de abogado.
- ORTEGA, Luis  
2007 Nuevo Estatuto del Empleo Público. *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 82, Diciembre
- PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro (1996). *Nuevo Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*. Lima, Perú: Grijley. 5° Edición.
- POSE, Guillermo (1985). *Régimen Jurídico de la Función Pública*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones De Palma.
- PULIDO, Manuel (1992). *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Madrid, España: Civitas.
- VENEGAS, César (1989). *Derecho y Administración Pública*. Lima, Perú: IDEMSA.
- VILLAVICENCIO, Alfredo (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima, Perú: Organización Internacional del Trabajo.