



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

INFORME TÉCNICO N° 1085 -2017-SERVIR/GPGSC

A : JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN
Presidente Ejecutivo

De : CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Situación del vínculo laboral de los servidores que se encuentran con mandato de prisión preventiva

Referencia : Oficio N° 296-2017-GM/MPP

Fecha : Lima, 21 SET. 2017

21 SEP 2017 12:45

Vallen

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Gerente Municipal de la Municipalidad Provincial de Piura consulta a SERVIR si constituyen faltas injustificadas que ameriten el inicio de procedimiento administrativo disciplinario con sanción de destitución, la ausencia de un servidor civil que se encuentra con mandato de detención preventiva.

II. Análisis

Competencia de SERVIR

- 2.1 Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del Servicio Civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al Servicio Civil, entre otras, emita de manera progresiva.
- 2.2 Siendo SERVIR un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada Entidad.
- 2.3 En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, **sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos**; por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.



Del régimen disciplinario en la Ley del Servicio Civil

- 2.4 En principio, debemos indicar que a partir del 14 de setiembre del 2014, las disposiciones sobre Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador (previstos en el Libro I, Capítulo VI) del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057 (en adelante, LSC), aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM (en adelante, Reglamento¹), están vigentes, cuyas

¹ Según su Undécima Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento se estableció que el Título correspondiente al régimen disciplinario y procedimiento sancionador entrará en vigencia a los tres meses de su publicación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

disposiciones son de aplicación común a todos los regímenes laborales por entidades (D.L 276, D.L 728 y CAS), de acuerdo al literal c) de la Segunda Disposición Complementaria Final del citado Reglamento.

- 2.5 Por su parte, la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC, "Directiva del Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil" (en adelante, Directiva), aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-2015-SERVIR-PE², a través de su numeral 6, señala los siguientes supuestos:
- a) Los procedimientos disciplinarios que se instauren hasta el 13 de setiembre de 2014, se deben registrar por las normas aplicables a los servidores civiles conforme a su régimen laboral, ya sea 276, 728 o CAS. Estas normas serán aplicables hasta la terminación del procedimiento disciplinario en segunda instancia.
 - b) Los procedimientos disciplinarios que se instauren desde el 14 de setiembre de 2014, fecha de entrada en vigencia de las disposiciones sobre Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley N° 30057, se registrarán por esta norma y su Reglamento General.
 - c) Los procedimientos disciplinarios que se instauren a partir del 14 de setiembre de 2014 sobre faltas cometidas en fechas anteriores (hasta el 13 de setiembre de 2014) se rigen bajo las reglas procedimentales del régimen de la Ley N° 30057 y su Reglamento General y por las reglas sustantivas (faltas y sanciones) aplicables al momento en que ocurrieron los hechos.
- 2.6 Asimismo, la mencionada Directiva desarrolla las reglas del Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la LSC y su Reglamento, tales como, las reglas procedimentales³ y sustantivas⁴ que buscan garantizar un debido procedimiento, a fin de resguardar los derechos de los servidores y ex servidores –bajo los regímenes regulados por el D.L 276, D.L 728 y CAS- en el procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAD), así como a los servidores civiles, inclusive funcionarios comprendidos dentro del Régimen Especial para Gobiernos Locales⁵.

De los efectos de la prisión preventiva

- 2.7 El Decreto Legislativo N° 957, Código Procesal Penal regula, a través de sus artículos 268° al 271°, la figura de la prisión preventiva como una medida coercitiva personal, que solo puede tener fines procesales, cuyo propósito radica en asegurar el normal desarrollo y resultado del proceso penal, consolida (i) el proceso de conocimiento (asegurando la presencia del

² Modificada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 092-2016-SERVIR/PE.

³ Reglas procedimentales:

- Autoridades competentes del procedimiento administrativo disciplinario.
- Etapas o fases del procedimiento administrativo disciplinario y plazos para la realización de actos procedimentales.
- Formalidades previstas para la emisión de los actos procedimentales.
- Reglas sobre actividad probatoria y ejercicio del derecho de defensa.
- Medidas cautelares.

⁴ Reglas sustantivas:

- Los deberes y/u obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades y derechos de los servidores.
- Las faltas.
- Las sanciones: tipos, determinación, graduación y eximentes.
- Plazos de prescripción (De acuerdo a lo establecido por el Tribunal del Servicio Civil en la Resolución de Sala Plena N° 001-2016-SERVIR/TSC, que tiene la condición de precedente vinculante)

⁵ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 041-2014-PCM, Reglamento del Régimen Especial para Gobiernos Locales.





imputado en el procedimiento y garantizando una investigación de los hechos, en debida forma por los órganos de la persecución penal) o (ii) la ejecución de la pena⁶.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que "La prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso. **No se trata de una medida punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la culpabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación**, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia. Se trata de una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional"⁷. (Él énfasis es nuestro)

- 2.8 De esta manera, cuando un órgano jurisdiccional dicta mandato de prisión preventiva contra un funcionario o servidor público, indistintamente de su régimen laboral, este deberá ser internado en un establecimiento penitenciario. Lo cual, no significa que dicho servidor haya declarado culpable del delito que se le imputa, pues en virtud del principio de presunción de inocencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado jurídicamente su responsabilidad⁸.
- 2.9 Durante el tiempo que dure el mandato de prisión preventiva, el funcionario o servidor público se encuentra impedido de asistir con normalidad a su centro de labores, constituyendo ello una ausencia justificada.
- 2.10 Ahora bien, el marco normativo del Decreto Legislativo N° 1057 no ha contemplado como causal de extinción del CAS que el trabajador se encuentre con mandato de prisión preventiva. No obstante, la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil⁹ (aplicable a los regímenes del Decreto Leg. 276,728 y 1057) prevé como como causal de destitución la condena penal por delito doloso Sin embargo, la situación legal de los servidores cuya libertad se encuentre restringida a la espera de una decisión final, expresamente no ha sido regulada; y, de igual forma queda descartada la posibilidad de instaurar un procedimiento administrativo disciplinario que conlleve a la destitución del servidor por abandono de trabajo, dado que la ausencia del servidor no sería injustificada¹⁰.
- 2.11 Respecto a la ausencia justificada cuando el servidor se encuentra con prisión preventiva, podemos citar a la jurisprudencia internacional¹¹, que señala:

"Las causales que pueden dar origen al impedimento son múltiples, dado que la ley no establece un catálogo de situaciones que expliquen el ausentismo, y entre ellas está el caso fortuito o fuerza mayor, y debe entenderse por tal todo hecho ajeno a la voluntad de las partes, por lo que deriva de la naturaleza o de un tercero, y que es imprevisible en su acontecimiento, y que si provoca un incumplimiento sustancial y definitivo de las obligaciones pone fin al contrato, pero si es temporal solo lo suspende. Por su parte, el artículo 45 del Código Civil llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, y menciona, entre otros, los actos de autoridad ejercidos por un

⁶ Circular sobre Prisión Preventiva emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Resolución Administrativa N° 325-2011-P/PJ (segundo considerando)

⁷ Sentencia TC N° 1567-2002-HC/TC, del 05 de agosto de 2002

⁸ Artículo 2°, Inciso 24), Literal e) de la Constitución Política del Perú.

⁹ Las disposiciones sobre Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley N° 30057 están vigentes desde el 14 de setiembre de 2014, lo cual es de aplicación común a todos los regímenes laborales por entidades (D.L 276, D.L 728 y CAS).

¹⁰ El artículo 85° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, señala que constituyen faltas de carácter disciplinario: "j) Las ausencias injustificadas por más de tres (3) días consecutivos o por más de cinco (5) días no consecutivos en un periodo de treinta (30) días calendarios, o más de quince (15) días no consecutivos en un periodo de ciento ochenta (180) días calendarios".

¹¹ Fallo dictado el 1 de setiembre de 2015, de la Causa N° 23799/2014, Resolución N° 130350 de Corte Suprema de Chile, Sala Cuarta (Mixta).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

funcionario público. Como la resolución que dispone la prisión preventiva es un acto de autoridad que emana de un juez de garantía y, a juicio de esta Corte, lo que determina la cuestión que se somete a la decisión es que la inasistencia del trabajador al lugar donde se desempeña lo sea sin causa justificada, es decir, que no concurra norma legal o reglamentaria o algún evento, acontecimiento, suceso de incuestionable entidad que dispense la no asistencia, corresponde concluir que la medida cautelar personal de que se trata y de la que solo derivan efectos transitorios no definitivos, solo puede dar lugar a la suspensión del contrato de trabajo"

"Abona dicha conclusión, la circunstancia que en sede laboral sólo debe analizarse lo concerniente a si es o no justificada la ausencia del trabajador a su lugar de trabajo, y, por lo tanto, si procede declarar injustificado el despido realizado por el empleador, y es en la penal en la que se debe decidir lo tocante a su participación en el hecho que dio origen a la investigación criminal".

Concluye señalando que *"En consecuencia, se uniforma la jurisprudencia en el sentido que la ausencia de un trabajador a su fuente laboral originada porque se dispuso su prisión preventiva debe ser calificada como justificada, por lo tanto, no configura la causal de término de contrato de trabajo consagrada en el número 3 del artículo 160 del Código del Trabajo". (El énfasis es nuestro)*

La jurisprudencia citada, determina que la ausencia del servidor a prestar sus labores a consecuencia de un mandato de prisión preventiva está justificada y que dicha situación no debe ser causal para el término del vínculo laboral.

- 2.12 Ahora bien, en cuanto a la suspensión de la relación laboral, el jurista Mario Pasco Cosmópolis¹² señala que esta se produce por varias causales entre las cuales se encuentra la **detención del trabajador**: *"Conocida como "suspensión preventiva", tiene por objeto permitir la investigación de un ilícito en el que el trabajador resulta directa o indirectamente involucrado. Consiste en la privación temporal de la libertad del trabajador, con carácter cautelar, tanto para impedir la eventual fuga del imputado, cuanto para facilitar la tarea de instrucción del delito.*

Debe ser radicalmente diferenciada de la condena penal: en la suspensión preventiva, la inocencia de la persona se presume, mientras no se demuestre lo contrario; en la condena, la culpa ha quedado demostrada y la privación de la libertad tiene carácter de pena.

La denuncia puede provenir del propio empleador o de un tercero o haberse promovido de oficio. El hecho investigado puede estar o no vinculado con la relación laboral, es decir, puede ser una falta grave laboral presunta o consistir en algo ajeno y distinto a dicha relación; en uno y otro caso procede la suspensión del contrato por el tiempo que dure la detención". (El énfasis es nuestro).

A tenor de lo citado, se colige que la "suspensión preventiva" (prisión preventiva en el Perú) debe ser diferencia de la condena penal, toda vez en esta se presume la inocencia de la persona. Asimismo, procede la suspensión del contrato por el tiempo que dure la detención, indistintamente si el hecho investigado está o no vinculado con la relación laboral o consiste en algo ajeno y distinto a dicha relación.



¹² PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Suspensión del Contrato de Trabajo". Web a referencia: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/139/31.pdf>



- 2.13 Por su parte el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3194-2004-HC/TC, ha señalado que: **"La presunción de inocencia es a la vez un principio y un derecho fundamental, (...)".**

De la mano con el derecho a la contradicción correcta y transparente se encuentra el cumplimiento real y la observancia de la presunción de inocencia. Esta presunción, nacida del principio pro homine¹³, demanda del juzgador la suficiente capacidad de equidad como para no asumir la responsabilidad de los acusados antes de que se realice la investigación o el procedimiento. De esta forma, la presunción de inocencia no requiere una causalidad entre un hecho y supuesto sancionable, sino un razonamiento jurídico a través del cual se determine una culpabilidad. Con la consecuente vinculación de los poderes públicos y su aplicación inmediata, este principio adopta un carácter de observancia obligatoria.

Consecuente con ello, cabe reparar la existencia de la presunción de inocencia administrativa, según la cual se debe considerar que no se puede tener en cuenta que el funcionario o servidor público ha cometido infracción a menos que la autoridad administrativa haya determinado su responsabilidad". (El énfasis es nuestro)

- 2.14 En ese sentido, la presunción de inocencia es aquel derecho que por naturaleza corresponde a todo ciudadano, por ende, este no puede ser juzgado sin antes haberse comprobado su inocencia o en su defecto su culpabilidad –acápite e) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.
- 2.15 De otro lado, el TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en el numeral 1 del artículo 17°, establece que **"La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, solo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificado para su adopción".** (El énfasis es nuestro)

Lo anterior implica que, el requisito objetivo para la dación de un acto administrativo es que el supuesto de hecho de la norma sea real y existente al momento de la decisión. Por ello, es de suyo coherente, que si se pretende retrotraer los efectos de decisiones administrativas, a esa misma fecha deben haber existido los supuestos de hecho fundantes de la decisión¹⁴.

- 2.16 Por tanto, constitucionalmente está prevista la presunción de inocencia, por lo que el juzgador no puede presumir la responsabilidad de una persona si es que antes no se ha demostrado y verificado sobre la base de los hechos. En razón a ello, en los casos en los que un servidor se encuentre con prisión preventiva, operaría temporalmente una suspensión perfecta de la obligación del servidor de prestar servicios y la obligación de la entidad de pagar sus remuneraciones mientras dure la investigación y se produzca el fallo judicial, luego del cual, en función de dicho fallo, la entidad podrá aplicar el artículo 49° de la Ley N° 30057 (destitución automática)¹⁵, o reanudar la ejecución de las obligaciones a cargo de ambas partes, puesto que durante el proceso judicial se mantiene el principio de inocencia.

¹³ El principio *pro homine* implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Novena Edición. Lima-Perú. Gaceta Jurídica S.A. Mayo 2011. Pág. 184.

¹⁵ La Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y su Reglamento General (Libro II), regula las causales de suspensión y término del servicio civil aplicable solo a servidores sujetos a dicho régimen, previo procedimiento administrativo disciplinario. Es así que, los artículos 47° - inciso 1, literal e) y 49° - literal g) de la Ley del Servicio Civil.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

III. Conclusiones

- 3.1 Las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.
- 3.2 El mandato de prisión preventiva constituye una causal de ausencia justificada, pues el funcionario o servidor público se encuentra impedido de asistir con normalidad a su centro de labores.
- 3.3 En los casos en los que el servidor se encuentre con prisión preventiva, operaría temporalmente una suspensión perfecta de la obligación del servidor de prestar servicios y la obligación de la entidad de pagar sus remuneraciones mientras dure la investigación y se produzca el fallo judicial, luego del cual, en función de dicho fallo, la entidad podrá aplicar el artículo 49° de la Ley N° 30057 (destitución automática), o reanudar la ejecución de las obligaciones a cargo de ambas partes.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de oficio respectivo.

Atentamente,



CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

CSL/ktc

K:\GPGSC-Consultas\Informes Técnicos\2017.