Evaluación y cese por la causal de excedencia: el caso de los obreros municipales

I. INTRODUCCIÓN*

En los artículos 162º de la Constitución y 9º inciso 1) de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley N° 26520, se dispone que corresponde al Defensor del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la población.

La función supervisora de la Defensoría del Pueblo no sólo se circunscribe al análisis de la sujeción de la Administración Pública a la Constitución y a las leyes, sino que además se extiende a verificar el cumplimiento del principio de eficacia y el respeto de los intereses generales que debe guiar la actuación de la misma.

La Defensoría del Pueblo no intenta suplir ni interferir en las funciones que corresponden a los organismos estatales, sino brindar una protección complementaria a los ciudadanos que se sienten afectados en sus derechos. En cumplimiento de su mandato constitucional y conforme a lo señalado en artículo 26º de la Ley Nº 26520, el Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, puede formular a las autoridades, funcionarios y servidores de la administración pública, advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de medidas con relación a hechos que impliquen, entre otros, un mal funcionamiento de la administración estatal y/o de la violación de derechos constitucionales.

En esta línea de acción, la Defensoría del Pueblo ha observado que en algunos de los procesos de evaluación y cese por causal de excedencia de personal realizados por las distintas entidades de la Administración Pública, se han efectuado actos arbitrarios.

En el caso particular de los obreros municipales, se han sucedido una serie de hechos e interpretaciones discordantes por parte de los distintos órganos estatales, tanto de la Administración Pública como del Poder Judicial, que han dado como resultado incertidumbre y malestar en un número significativo de afectados.

Por ello, y teniendo en consideración que las diversas quejas y pedidos recibidos plantean un tema de especial dimensión y naturaleza colectiva, la Defensoría del Pueblo en ejercicio de su magisterio de la persuasión y sin perjuicio de las actuaciones individuales que vienen realizándose, ha considerado oportuno encargar a su Adjuntía para la Administración Estatal la elaboración del presente informe.

II. ANTECEDENTES

En septiembre de 1996 el sindicato de obreros de la Municipalidad Distrital de Jesús María recurrió a la Defensoría del Pueblo en queja contra el referido Gobierno Local, por considerar que ellos no se encontraban incluidos en los alcances de la Octava Disposición Transitoria y Final de la Ley Nº 26553, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 1996.

---

* Informe Defensorial N° 23, aprobado mediante Resolución Defensorial N° 003-DP-99 publicada en el diario oficial "*El Peruano*" el día 12 de febrero de 1999. Elaborado por el equipo dirigido por Dante Mendoza Antonioli, Adjunto al Defensor del Pueblo para la Administración Estatal, e integrado por Luz Mejía, Mónica Callirgos y Alberto Arequipeño.

Luego de verificar que sobre los mismos hechos existía una acción de amparo pendiente de resolución en el Poder Judicial, se emitió la Resolución Defensorial Nº 30-96/DP el 5 de diciembre de 1996, declarando la queja inadmisible. Sin embargo, por considerar que el tema trascendía el ámbito de un problema particular entre la Municipalidad y sus obreros, en la misma resolución se dispuso el inicio de una investigación referida a los alcances generales de la queja, vale decir, las evaluaciones y el cese por causal de excedencia en el sector público.

Esta investigación concluyó con el Informe Defensorial N° 1 titulado *"Cese por la causal de excedencia: evaluando los alcances del Decreto Ley Nº 26093",* el mismo que fue aprobado mediante la Resolución Defensorial Nº 014-97/DP, del 2 de abril de 1997.

En dicho informe se analizó con detalle el tema de las evaluaciones de personal en la administración pública, así como los requisitos que todo proceso de este tipo debe reunir para ser legítimo, habiéndose destinado una parte del punto III, literal 5, al tema de los obreros municipales.

Con la información que se contaba en ese entonces, se arribó a la conclusión que a los obreros municipales no se les puede aplicar el régimen laboral del sector público para proceder al pago de su compensación por tiempo de servicios, pues no se rigen íntegramente por el Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. En armonía con ello, se recomendó a los Gobiernos Locales que procedan al pago de la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales conforme al régimen laboral que corresponde a la actividad privada.

En los 21 meses transcurridos, diversos pronunciamientos judiciales así como nueva documentación a la que se ha tenido acceso, generan la necesidad de ampliar algunos conceptos con relación a la situación legal de los obreros municipales cesados por causal de excedencia por los Gobiernos Locales, dado que los problemas aún continúan.

III. ANALISIS

1. De la Evaluación

1.1. Facultad de los Gobiernos Locales de evaluar y cesar personal por excedencia: autorización legal y límite temporal.

El Decreto Ley Nº 26093, publicado el 29 de diciembre de 1992 dispuso, entre otros, que los titulares de los distintos Ministerios e Instituciones Públicas Descentralizadas deberán cumplir con efectuar semestralmente programas de evaluación de personal, estipulando que el personal que no califique en estas pruebas pueda ser cesado por causal de excedencia.

La Octava Disposición Transitoria y Final de la Ley Nº 26553, Ley de Presupuesto del Sector Público para 1996, publicada el 14 de diciembre de 1995, comprendió bajo los alcances del Decreto Ley Nº 26093 a los Gobiernos Locales.

Los obreros municipales están dentro de los alcances de esta disposición, debido a que la Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, los considera en su artículo

52º como servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública.

La Defensoría del Pueblo, considerando el principio de anualidad en materia presupuestaria, opinó en el Informe Defensorial N° 1 que la autorización a los Gobiernos Locales para disponer el cese por excedencia, venció el 31 de diciembre de 1996.

El Tribunal Constitucional ha ratificado esta interpretación en reiterada jurisprudencia. Así, por ejemplo, en la sentencia emitida con fecha 22 de diciembre de 1997 en el Expediente Nº 835-97-AA/TC, se declaró fundada una demanda de amparo, precisando que la facultad de los Gobiernos Locales para aplicar el Decreto Ley Nº 26093 se circunscribe al año 1996.

En consecuencia, la extensión de esta causal de cese a los Gobiernos Locales sólo tuvo vigencia durante el año 1996. De ahí que su aplicación a partir del año 1997 carece de sustento legal, al haberse agotado los efectos de la Octava Disposición Transitoria y Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público correspondiente al año 1996.

En este sentido, el cese por causal de excedencia de 137 obreros dispuesto por la Municipalidad Metropolitana de Lima, mediante Resolución de Alcaldía Nº 461-97-MML de fecha 27 de febrero de 1997, publicada al día siguiente en el diario oficial "El Peruano", fue efectuado fuera del plazo legal. No obstante ello, la Defensoría del Pueblo no ha tenido conocimiento que los afectados hayan interpuesto los recursos legales pertinentes, con lo cual la mencionada resolución habría quedado firme.

1.2. Cumplimiento de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, transparencia, responsabilidad y eficacia en la evaluación.

En el aludido Informe Defensorial, se expresó que tanto las evaluaciones como el posterior cese por causal de excedencia debían ser respetuosos de la Constitución y las leyes, así como de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, transparencia, responsabilidad y eficacia. En el mismo sentido se expresó que cualquiera que sea el método o sistema elegido para la evaluación del personal:

> *"Éste debe contener criterios específicos, concretos y uniformes, previamente dados a conocer, para efectuar una evaluación en la que aparezcan como valores dominantes los principios de igualdad, mérito y capacidad acordes con las funciones o perfiles requeridos para el cargo y las necesidades de la función pública.*
>
> *Por tanto, no puede quedar al evaluador una libertad absoluta para calificar a su arbitrio (…). En esta dirección, resulta importante que los procedimientos sean transparentes a fin de garantizar que las evaluaciones cumplan a cabalidad con los fines para los que fueron establecidas, sin originar dudas sobre su eventual empleo con finalidades distintas, que permitan pensar que se trata con ello de prescindir de aquellos servidores que se considera como no deseados."*[2]

De la información que ha obtenido la Defensoría a lo largo de los 21 meses que median desde la fecha del Informe Defensorial N° 1, es posible concluir que en las

[2] Defensoría del Pueblo. Informe Especial "El cese por la causal de excedencia: evaluando los alcances del Decreto Ley Nº 26093". Lima, marzo de 1997. p.13

evaluaciones de obreros realizadas por los Gobiernos Locales estos principios básicos no fueron siempre observados.

Así, por ejemplo en los casos concretos de las Municipalidades Distritales de Jesús María, Chorrillos, Lince, Santa Anita, Rímac y Breña, se ha podido verificar que:

- En los exámenes de conocimientos se formularon algunas preguntas sobre temas que no guardan relación con la función de un obrero. Por ejemplo, en Jesús María se les ha preguntado: *¿La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado y la ejerce a través de* …?. Es decir, no se ha tenido en cuenta que con frecuencia los obreros municipales han culminado con su educación del nivel primario y que una pregunta como la que sirve de ejemplo, es poco probable que sea contestada adecuadamente por una persona con un nivel de instrucción básico.

- Los procesos de evaluación se desarrollaron en forma acelerada, generando por ello dudas con relación a su objetividad. Así lo ha advertido también la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público al referirse al caso de la Municipalidad de Breña, expresando que el Reglamento sobre Evaluación Semestral de dicho municipio, *"establece un cronograma acelerado a efectos de llevar a cabo cuanto antes la evaluación, con la clara intención que los trabajadores que no se consideraron afectados o amenazados con aquella, no puedan ejercer de manera irrestricta su derecho de defensa".*

- Se partió de la premisa que todos los obreros sabían leer y escribir, por lo que no se diseñaron pruebas orales para los analfabetos. En tal sentido, no resultaba razonable aplicar pruebas únicas a los trabajadores obreros. Al respecto, es importante resaltar que esgte criterio ha sido compartido asimismo por la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público en el Expediente Nº 628-98 antes referido, al señalar que:

  "(…) Se trató de una misma evaluación para todos, es decir no se ha tenido en consideración el grado ocupacional que corresponde a los trabajadores, toda vez que al ser un examen único, ha contemplado, según el Reglamento de Evaluación Semestral, criterios que hacen colegir que la referida resolución resulta discriminatoria, al no estar en función de las capacidades y puestos asignados; además establece criterios que en la práctica resultan atentatorios, como son el tiempo de servicios, verificación del legajo personal y capacitación".

- No se puso en conocimiento de los obreros los resultados parciales de las pruebas. La información completa de los resultados parciales y finales de las pruebas aplicadas, constituye una garantía fundamental de la idoneidad del proceso, congruente con el derecho constitucional a la información de los servidores evaluados.

- Principios elementales como el que los reglamentos consideren fechas de evaluación que sean puestas en conocimiento de los trabajadores que van a ser evaluados, con razonable tiempo de antelación, no han sido cumplidos por la mayoría de las Municipalidades. De ser así, ello hubiera permitido a los obreros contar con los elementos de juicio necesarios para afrontar tales pruebas.

1.3. Procedencia del cese por causal de excedencia

La Defensoría del Pueblo, con respecto a la finalidad de la declaración de excedencia y el posterior cese del trabajador, expresó en el Informe Defensorial N° 1 que:

> *"(…) La declaración de excedencia y su aplicación para ser racional requiere una definición previa del tamaño de la entidad respectiva, lo que generalmente se traduce en los Cuadros de Asignación de Personal y los Presupuestos Analíticos respectivos (…).*
>
> *En efecto, al estar ausente una previa definición del número de plazas excedentes en función de la visión institucional, sus objetivos y líneas de acción predeterminadas, se permite que luego éstas, nuevamente sean cubiertas, desvirtuando la racionalidad de la causal de excedencia. Incluso, podría llegarse al absurdo de duplicar el gasto público, si es que el Estado abona una remuneración al nuevo trabajador y al cesante le abona su pensión. Una moderna concepción de la reforma del Estado no puede prescindir del desarrollo de programas de planificación estratégica eficientes para el cumplimiento de las funciones de la administración estatal".*

De la información analizada con ocasión de las quejas presentadas ante la Defensoría del Pueblo en contra de las Municipalidades de Chorrillos, Jesús María, Lince, San Luís, Rímac y Santa Anita, puede advertirse que la finalidad del cese por causal de excedencia no fue determinada previamente. Es decir, *no estuvo definido si se evaluaba porque existía un exceso de personal o por la necesidad de suprimir plazas o cargos*. En la práctica, se cesó a todo aquel que no aprobó la evaluación.

Por otro lado, no procede el cese por la causal de excedencia sin que haya culminado toda la evaluación, entendida ésta como un proceso integral del cual la prueba escrita no es más que una parte.

Ello por cuanto ni el Decreto Ley Nº 26093, ni el Decreto Legislativo Nº 276, prevén la falta de asistencia a una prueba como causal de cese. Siendo esto así, la inasistencia, justificada o no, de un servidor público a un examen, no autoriza el cese automático; en todo caso, sólo podría constituir una nota desaprobatoria que le restaría puntos al obrero en la evaluación final que definiría su eventual cese.

En este mismo sentido se ha manifestado la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la sentencia emitida con fecha 27 de junio de 1996 en el Expediente Nº400-96, que declara fundada una demanda de amparo porque un reglamento de evaluación autorizaba el cese inmediato de quienes no concurrían a las pruebas. Similar interpretación efectuó la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de fecha 6 de junio de 1997 recaída en el Expediente Nº 28-97.

Sin embargo, en el caso de los obreros de la Municipalidad Distrital de Jesús María, en el cual hubo una resistencia activa a ser evaluados ya que ellos no se presentaron en la fecha programada para la prueba escrita y tampoco en la fecha especial programada para los rezagados; el Tribunal Constitucional, en su sentencia de fecha 13 de Junio de 1997, declaró infundada la acción de amparo interpuesta.

En el caso de la Municipalidad Distrital de Ate, los trabajadores municipales interpusieron una acción de amparo y en vía cautelar, se ordenó la suspensión del proceso de evaluación. Finalmente, en el año 1997 se declaró fundada la demanda, con lo cual dicha Municipalidad estuvo impedida de evaluar y cesar por excedencia a su personal.

En el caso de la Municipalidad Distrital de San Miguel, el Tribunal Constitucional determinó, mediante sentencia de fecha 23 de octubre de 1998 recaída en el expediente Nº 462-98-AA/TC, que a pesar de haberse efectuado dos evaluaciones de personal en el año 1996, únicamente con cinco meses de diferencia, éstas resultaban válidas. No obstante ello, en la misma fecha, en el caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima en el expediente Nº 361-98-AA/TC, el Tribunal opinó que no era suficiente que se realicen las evaluaciones en 1996, sino que también era requisito que éstas sean semestrales, lo cual no fue exigido en el caso antes descrito de la Municipalidad de San Miguel.

Se observa, entonces, que la conducta jurisdiccional en los casos antes mencionados, no ha sido uniforme en cuanto al tema de la procedencia del cese por la causal de excedencia, generando con ello incertidumbre tanto en los obreros como en las municipalidades.

Por lo expuesto, es posible concluir que, en estos casos, el procedimiento por el cual se ha cesado a obreros municipales por causal de excedencia no ha respetado el marco legal y constitucional pertinente, ya que si bien es cierto, la ley permitía la evaluación y el posterior cese, también lo es que la norma debe interpretarse sistemáticamente, en concordancia con las reglas del Decreto Legislativo Nº 276 y los principios constitucionales antes citados.

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Especializada de Derecho Público de Lima en la sentencia de fecha 23 de febrero de 1998, recaída en el Expediente Nº 756-97-DP sobre Acción de Amparo contra la Municipalidad de San Luis, señalando que:

> *"(…) Si bien es cierto el Decreto Ley Nº 26093 incorpora como causal de cese, a la excedencia, la cual se encuentra sujeta a una previa evaluación; también lo es que la referida evaluación debe contener criterios específicos, concretos donde prime de manera determinante el Principio de Igualdad y Transparencia; y, que deje de lado cualquier hecho o circunstancia que sea signo de arbitrariedad".*

1.4. El derecho a la reposición

Los obreros municipales han sido reiterativos en la exigencia de un presunto derecho a la reposición en sus puestos de trabajo. En defensa de esta posición han efectuado, incluso, acciones violentas -como son la toma de locales y disturbios públicos- tanto ante la sede de las distintas municipalidades, como ante la misma Defensoría del Pueblo.

En este extremo, la Defensoría del Pueblo considera oportuno reiterar su posición de principio en contra de toda manifestación de violencia. Por más justo que sea el reclamo de los ciudadanos, la Constitución y las leyes establecen canales adecuados para hacer valer los derechos que estas mismas normas consagran.

Avalar una acción violenta, o incentivarla, es desnaturalizar la esencia misma del Estado de Derecho, en el cual se debe desarrollar la sociedad peruana. Por ello es pertinente llamar la atención de los dirigentes de la Coordinadora de Obreros Municipales Despedidos a Nivel Nacional, invocándoles a defender sus posiciones dentro del marco de la Ley.

Los obreros municipales han solicitado al Defensor del Pueblo que, en uso de sus facultades de iniciativa legislativa, proponga un Proyecto de Ley por el que se

disponga la reposición de los obreros municipales cesados por causal de excedencia en aplicación de la Octava Disposición Transitoria y Final de la Ley Nº 26553, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año 1996.

La Defensoría considera que la dación de una Ley en ese sentido (esto es, una que disponga la reposición solicitada), no encuentra sustento jurídico directo en la Constitución, en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo ni en los Tratados sobre derechos humanos que obligan al Estado peruano.

Esta posición, sin embargo, no implica avalar los excesos cometidos por las municipalidades sobrepasando el marco de la autorización concedida en la Ley de Presupuesto para el año 1996, ni los resultados de los procedimientos de evaluación que habiéndose verificado dentro del plazo legal, no observaron el debido proceso. Debe quedar claro, en todo caso, que la función de reconocimiento y tutela de derechos, así como la sanción de los mencionados excesos, corresponde al Poder Judicial.

De otro lado, ante las reiteradas solicitudes presentadas por los obreros municipales para que esta institución intervenga en lo referente al cumplimiento de las sentencias que ordenan la reposición de trabajadores municipales, la Defensoría ha expresado su posición en el Informe Defensorial N° 19 "*Incumplimiento de sentencias por parte de la administración estatal*" de octubre de 1998, manifestando que:

> *"El incumplimiento de sentencias por parte de la administración estatal vulnera los derechos constitucionales a la igualdad ante la Ley, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 2° inciso 2) y 139° inciso 3) de la Constitución, respectivamente. Asimismo, con dicho incumplimiento no se observa la prohibición establecida por el artículo 139° inciso 2) de la Constitución, según la cual ninguna autoridad puede retardar la ejecución de las sentencias.*
>
> *(…) La inejecución de una sentencia en contra de una entidad estatal, supone eludir la responsabilidad que corresponde al Estado en el cumplimiento de sus obligaciones. Ello afectaría la seguridad jurídica y la credibilidad del Estado y las instituciones públicas; así como el adecuado funcionamiento de una economía social de mercado, puesto que el Estado se convierte en un agente económico con privilegios arbitrarios. De esta manera, el cumplimiento y ejecución de una sentencia no puede quedar librado a la voluntad del ente estatal".*

Sin embargo, es pertinente recordar que los magistrados del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional no sólo aplican literalmente la ley, sino que también desarrollan la función de intérpretes de la misma.

Uno de los serios problemas que se han presentado está definido por los costos que puede generar a la sociedad una resolución tardía de un conflicto de intereses, más aún si se trata de un proceso de amparo que teóricamente debería ser sumarísimo.

En efecto, en la totalidad de procesos de amparo referidos a la evaluación por la causal de excedencia de los obreros municipales, no se ha cumplido con los plazos establecidos por la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo. De esta manera se ha desnaturalizado dicha acción en su función de protección urgente y rápida de los derechos constitucionales.

Esto es más grave aún si se tiene en consideración que el resultado del proceso puede ser una reposición masiva de trabajadores en una determinada Municipalidad, lo cual, debido al tiempo transcurrido (por ejemplo tres años), puede volverse en los hechos imposible de cumplir o generar un costo demasiado elevado para la sociedad, afectando de esta manera el derecho de los vecinos a contar con una administración municipal eficiente.

Un tema adicional en este punto es el de la procedencia del mandato judicial de reposición cuando el trabajador ya ha cobrado sus beneficios sociales.

Al respecto, la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público, en la sentencia de fecha 13 de octubre de 1998, ha expresado que de conformidad con "uniforme jurisprudencia del Tribunal Constitucional", el cobro del íntegro de los beneficios sociales da por concluido el vínculo de trabajo, *"resultando por tanto un imposible jurídico pretender la reposición de quienes voluntariamente ya cobraron la compensación de sus beneficios sociales".*

Dicho criterio, aunque podría ser cuestionable, constituye la opción interpretativa acogida por el Tribunal Constitucional.

2. PAGO DE LA COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS

1.1 Marco Normativo que regula la compensación por tiempo de servicios de los Obreros Municipales

La Compensación por Tiempo de Servicios de los Obreros Municipales ha estado regulada principalmente por los siguientes dispositivos legales:

- La Ley Nº 8439 de fecha 20 de agosto de 1936, que en su artículo 3º dispuso que los obreros de las empresas privadas que son despedidos, tendrán derecho a una indemnización equivalente a 15 días de salario por año de servicio.

- La Ley Nº 9555 de fecha 14 de enero de 1942, que en su artículo único, hace extensivo a los obreros que prestan sus servicios al Estado en general, Municipalidades Provinciales y Distritales y Sociedad de Beneficencia Pública de Lima y Callao, los beneficios concedidos por el artículo 3º de la Ley Nº 8439.

- El Decreto Supremo Nº 010-78-IN de fecha 12 de mayo de 1978, que dispone que *"mientras se expida la nueva Ley Orgánica de Municipalidades"* los trabajadores obreros al servicio de los Concejos Municipales de la República son servidores del Estado sujetos al régimen de la actividad privada.

- El Decreto Legislativo Nº 51 de fecha 16 de marzo de 1981, "Ley Orgánica de Municipalidades", que dispuso en su artículo 60º que los funcionarios, servidores y obreros de las municipalidades tienen los mismos deberes y derechos que los correspondientes al personal del Gobierno Central de la respectiva categoría.

- El Decreto Legislativo Nº 276 de fecha 6 de marzo de 1984, "Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público", que en su Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final, estableció que los funcionarios y servidores públicos comprendidos en regímenes propios de carrera, regulados por leyes específicas, continuarán sujetos a su régimen

privativo. En el último párrafo se precisa que el personal obrero al servicio del Estado se rige por las normas pertinentes.

- La Ley Nº 23853 de fecha 8 de junio de 1984, "Nueva Ley Orgánica de Municipalidades" -que rige desde el 1 de enero de 1984-, que dispuso en su artículo 52º que los funcionarios, empleados y obreros, así como el personal de vigilancia de las municipalidades, son servidores públicos, sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública y tienen los mismos deberes y derechos que los del Gobierno Central de la categoría correspondiente.

- El Decreto Legislativo Nº 650, que establece las reglas para la determinación y pago de la compensación por tiempo de servicios; el Decreto Supremo Nº 001-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Decreto Legislativo Nº 650, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-97-TR.

2.2. El pago de la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales según la Ley Orgánica de Municipalidades

La Defensoría del Pueblo, en el Informe Defensorial N° 1 titulado *"Cese por la causal de excedencia: evaluando los alcances del Decreto Ley Nº 26093",* aprobado por la Resolución Defensorial Nº 014-97/DP, del 2 de Abril de 1997, expresó que:

> *"(…) La Ley Nº 9555 extendió a los obreros al servicio del Estado el ámbito de aplicación de la Ley Nº 8439 –sobre beneficios sociales para los empleados-, incluyendo expresamente aquellos que prestaban servicios en las Municipalidades. Posteriormente, el artículo 1º del Decreto Ley Nº 11377 dispuso que quienes realicen actividades propias de obreros en las dependencias públicas se regirán por normas específicas. Más adelante, la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo Nº 276 dispuso que el personal obrero al servicio del Estado se rige por sus normas pertinentes. De esta manera, dichos obreros se encuentran excluidos de los alcances del Decreto Legislativo Nº 276, permaneciendo sujetos al régimen laboral del sector privado.*
>
> *Esta regla general ha contado con una excepción introducida por la Ley Nº 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, cuyo artículo 52º estableció que los obreros son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen de la actividad pública, agregando que cada Municipalidad debía elaborar su escalafón de personal. Más allá de los alcances de la citada norma, no se explican las razones que justifican, de modo objetivo y razonable, la existencia de un régimen laboral diferenciado entre los obreros municipales y los obreros de las demás instituciones que prestan servicios en la Administración Pública.*
>
> *Al margen de ello, ha de reconocerse que de conformidad con el artículo 52º de la Ley Nº 23853, los obreros municipales son servidores públicos. Sin embargo, pese a tal condición, no se rigen íntegramente por el Decreto Legislativo Nº 276, pues dicho texto normativo regula la carrera administrativa y los obreros municipales no son servidores públicos de carrera. En este caso la compensación por tiempo de servicios que les corresponde es la prevista por el Decreto Legislativo Nº 650 en virtud de la Ley Nº 9555, es decir, el régimen aplicable debe ser el de la actividad privada. De ahí que constituya una práctica reñida con los derechos de los obreros municipales, que se les abone la compensación por tiempo de servicios correspondiente al sector público*

cuando se dispone su cese, si es que se encuentran sujetos al régimen privado".

En el lapso de tiempo transcurrido, diversos pronunciamientos judiciales así como informes de otras instituciones, generan la necesidad de ampliar la posición de la Defensoría del Pueblo con relación a la situación legal de la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales cesados por causal de excedencia.

Para ello, es pertinente referirse a las posiciones de las instituciones involucradas en el tema.

a) Interpretación de la Contraloría General de la República

El 9 de Julio de 1997, la Contraloría General de la República, mediante Hoja Informativa Nº 076-97-CG/OAJ, opinó que el régimen de la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales debe efectuarse de acuerdo al régimen de la Ley Nº 9555 y el Decreto Legislativo Nº 650.

Ello por cuanto la Carrera Administrativa se estructura por grupos ocupacionales y niveles, siendo la de menor jerarquía el "grupo auxiliar" que está constituido por trabajadores que tienen secundaria y experiencia o calificación para realizar labores de apoyo, condición que en general no cumplen los obreros municipales que en su mayoría se dedican a labores no administrativas. Por tanto, resulta incompatible fijar para los obreros municipales el régimen de la actividad pública, reservado para trabajadores que desempeñan labores y cumplen funciones netamente administrativas y no manuales.

En consecuencia, al no formar parte los obreros de los grupos ocupacionales que conforman la Carrera Administrativa, se debe aplicar la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo Nº 276 para efectos del pago de su compensación por tiempo de servicios, norma que remite a la Ley Nº 9555 y al Decreto Legislativo Nº 650.

b) Interpretación del Poder Judicial

La Segunda, Tercera y Cuarta Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima, en reiterada jurisprudencia sobre procesos por pago de beneficios sociales han declarado que, de conformidad con lo regulado en el artículo 52º de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley Nº 23853, los obreros municipales son servidores públicos sujetos al régimen de la actividad pública y por consiguiente dichas Salas carecen de competencia para conocer y resolver lo concerniente a la controversia sobre el pago de su compensación por tiempo de servicios, la misma que debería tramitarse a través de la acción contencioso administrativa luego de agotar la vía correspondiente.

La Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, en vía contencioso administrativa, ha interpretado que el cálculo de la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales debe efectuarse considerándolos como trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada hasta la promulgación de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley Nº 23583, y como trabajadores sujetos al régimen de la actividad pública desde la vigencia de la referida norma, es decir desde el 1 de enero de 1984.

c) Interpretación del Tribunal Constitucional

La Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que "*Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de proceso",* con lo cual se consagra al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la constitucionalidad y la legalidad.

En ese sentido, en los diversos procesos de Amparo seguidos por los obreros cesados por causal de excedencia en diferentes municipios, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que, de acuerdo a lo regulado en el artículo 52º de la Ley Orgánica de Municipalidades, los obreros municipales son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad pública. Sin embargo, el Tribunal no ha ingresado al detalle del análisis del régimen de compensación por tiempo de servicios que les correspondería. Es decir, no se ha definido el contenido del régimen laboral de la actividad pública en lo relativo a la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales.

d) Posición de las Municipalidades

Las municipalidades han observado comportamientos dispares e incluso, en algunos casos, contradictorios.

Así, la Municipalidad Metropolitana de Lima, el 28 de noviembre de 1996 publicó la Ordenanza Nº 100, en la cual se otorgaban incentivos para la renuncia de *"(…) los trabajadores de la Municipalidad Metropolitana de Lima, cuya compensación por tiempo de servicios deba calcularse de acuerdo al régimen laboral de la actividad privada"*. De un total de 762 obreros, 387 se acogieron a los incentivos. Con ello, la Municipalidad reconoció expresamente a sus obreros el derecho a percibir una compensación por tiempo de servicios de acuerdo a lo previsto en el régimen laboral de la actividad privada.

No obstante ello, dos meses después se varió este criterio y a los 137 obreros que luego de un proceso de evaluación fueron cesados por causal de excedencia, se les liquidó la compensación por tiempo de servicios de conformidad a las normas establecidas para el sector público. Esta posición es mantenida hasta la fecha por la citada Municipalidad.

Adicionalmente, se han tenido a la vista documentos que prueban que la Municipalidad Distrital de Jesús María liquidó a sus obreros de acuerdo al régimen laboral previsto para el sector privado hasta el mes de septiembre de 1996, inclusive, en tanto que en la Municipalidad Distrital de Lince se hizo lo propio por lo menos hasta el mes de mayo de 1996. Actualmente se liquida al personal obrero, en ambas municipalidades, de acuerdo al régimen laboral previsto para el sector público.

En el caso de la Municipalidad Distrital de Chorrillos, ante la duda respecto a la manera de efectuar la liquidación de la compensación por tiempo de servicios, se optó por otorgar un monto de S/.300.00 Nuevos Soles por cada año laborado.

La Defensoría tiene información en el sentido que las municipalidades distritales de Pueblo Libre, San Luis, Miraflores y Ate-Vitarte, vienen liquidando

a sus obreros de acuerdo a los criterios establecidos en el régimen laboral de la actividad pública.

Asimismo, se ha advertido que las municipalidades distritales de San Isidro, Comas, Surquillo, San Martín de Porres y el Rímac, calculan la compensación por tiempo de servicios de sus obreros de conformidad con las reglas establecidas para el régimen laboral correspondiente a la actividad privada.

e) Posición de los Obreros Municipales

El nivel de confusión con relación a la naturaleza de la prestación de servicios laborales por parte de los obreros municipales ha sido tal, que incluso ellos mismos sostienen posiciones contradictorias.

Así, se tiene que uno de los dirigentes principales de los obreros municipales, el Sr. José Luís Sandoval, Coordinador Adjunto de la Coordinadora de Obreros Municipales Despedidos a Nivel Nacional, Base de la Federación Nacional de Obreros Municipales del Perú - FENAOMP, ha sustentado en reiterados escritos ante la Sala Especializada en lo Laboral de la Corte Superior de Lima, que los obreros municipales son *servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública.*

Este mismo dirigente viene sosteniendo ante la Defensoría del Pueblo, en forma paralela al aludido proceso judicial, que los obreros municipales son servidores públicos a los que se aplica el régimen laboral de la actividad privada.

Como se puede apreciar, son múltiples los criterios e interpretaciones que sobre el tema han esgrimido los distintos actores involucrados en el problema de la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales.

A la vista de todas estas interpretaciones, el Defensor del Pueblo reitera la opinión vertida en el Informe: *"Cese por causal de excedencia: evaluando los alcances del Decreto Ley Nº26093"*, en el sentido que a los obreros municipales se les debe calcular la compensación por tiempo de servicios de conformidad con las reglas previstas para el régimen laboral del sector privado establecidas en el Decreto Legislativo Nº 650.

La Ley Nº 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, establece expresamente, en su artículo 52º, que "Los funcionarios, empleados y obreros, así como el personal de vigilancia de las Municipalidades son servidores públicos sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública y *tienen los mismos deberes y derechos que los del Gobierno Central de la categoría correspondiente*", quedando de esta forma, este grupo de trabajadores, comprendidos dentro de los alcances de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, actualmente regulada por el Decreto Legislativo Nº 276.

Esta última norma, establece a su vez una diferencia entre el régimen laboral de la actividad pública para empleados y el régimen laboral de la actividad pública para obreros.

Así, dicha norma dispone que el régimen laboral para los funcionarios y empleados al servicio del Estado, es el de la carrera administrativa, en tanto que el de los obreros será el de las *"normas pertinentes".*

Las “normas pertinentes” para los obreros al servicio del Estado -en virtud de lo dispuesto por la Ley Nº 9555- en materia de cálculo de la compensación por tiempo de servicios son el Decreto Supremo Nº 001-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Decreto Legislativo Nº 650, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 004-97-TR.

No es posible interpretar que las “normas pertinentes” para los obreros municipales son las de la carrera administrativa, de aplicación exclusiva para los empleados y funcionarios, por cuanto ello estaría en contradicción con lo dispuesto por el mismo artículo 52º de la Ley Orgánica de Municipalidades que establece que *“los funcionarios, empleados y obreros (…) de las municipalidades (…) tienen los mismos deberes y derechos de los del Gobierno Central de la categoría correspondiente”.*

Los obreros del Gobierno Central, en materia de compensación por tiempo de servicios, tienen los derechos y obligaciones que se encuentran consignados en el Decreto Legislativo Nº 650, y por tanto, los obreros municipales tienen también los mismos derechos y obligaciones que dicha norma consigna.

Aún cuando se interpretara que la categoría “obreros” no existe a los efectos del régimen laboral público, no es menos cierto que dicha expresión es utilizada en la Ley Orgánica de Municipalidades en forma genérica y no en alusión directa y exclusiva a las “categorías” que como tales son definidas en el Decreto Legislativo Nº 276.

Además, no es coherente con el texto expreso de la Ley Orgánica de Municipalidades, pretender que los obreros municipales tengan los mismos derechos y obligaciones que quienes hacen carrera administrativa, dado que la misma norma de la carrera administrativa, el Decreto Legislativo Nº 276, los excluye expresamente al contemplar una serie de disposiciones que no pueden extenderse a ellos; así:

a) El inciso c) del artículo 4º establece que la carrera administrativa es permanente y se rige, entre otros, por el principio de “garantía del nivel adquirido”. Resulta claro que para los obreros sólo existe un nivel: el de obreros.

b) El artículo 9º desarrolla los grupos ocupacionales existentes en el sector público: Profesional, Técnico y Auxiliar. Entre los requisitos que se establecen para el último de los niveles, el de Auxiliar, está la secundaria completa y la experiencia o calificación para realizar labores de apoyo (entiéndase administrativo). Los obreros no cuentan necesariamente con secundaria completa, tampoco precisan de calificación para sus labores y mucho menos apoyan administrativamente.

c) El artículo 3º in fine del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por Decreto Supremo Nº 005-90-PCM de fecha 17 de Enero de 1990, establece que hace carrera el servidor nombrado y por tanto tiene derecho a estabilidad laboral indeterminada de acuerdo a Ley. Los obreros no son nombrados, no tienen niveles y por tanto no hacen carrera administrativa.

d) El Capítulo III, “Del ascenso en la carrera”, tampoco les es aplicable, dado que el ascenso es al nivel inmediato superior y los obreros carecen de grupo ocupacional y por tanto de nivel al cual ascender.

e) El capítulo IV, “De las obligaciones, prohibiciones y derechos”, establece obligaciones y prohibiciones a los servidores públicos (entre los cuales se encontrarían los obreros), pero los derechos son expresamente reconocidos

sólo a los servidores públicos de carrera. Con ello, los obreros quedan fuera de los derechos laborales reconocidos en el Decreto Legislativo Nº 276, manteniendo sólo obligaciones y prohibiciones.

f) El artículo 34º establece que la carrera administrativa termina, entre otros, por destitución. A un obrero no se le puede destituir, dado que nunca se le ha nombrado.

g) El capítulo I del Título II establece que la remuneración de los funcionarios y servidores públicos estará constituida por el haber básico, las bonificaciones y los beneficios. Sin embargo, en el artículo 48º de la Ley se estipula que la remuneración de los servidores contratados (entre ellos los obreros), no conlleva bonificaciones de ningún tipo, ni los beneficios que dicha Ley establece.

h) El artículo 54º de la Ley se establece la compensación por tiempo de servicios de los funcionarios y servidores públicos como un beneficio pecuniario, el mismo que de conformidad con lo previsto en el artículo 48º, no es de aplicación a los servidores contratados (obreros).

La Constitución Política del Perú establece en su artículo 26º los principios a tener en consideración en la relación laboral. Entre ellos, la igualdad de oportunidades sin discriminación y el que en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, se aplique la interpretación que sea favorable al trabajador. Igualmente, en su artículo 2º numeral 2) establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley.

De acuerdo a estos principios constitucionales, no es válido interpretar, como lo vienen haciendo algunas Municipalidades, que las normas legales vigentes relacionadas con el tema del cálculo de la compensación por tiempo de servicios discriminan a los obreros municipales con relación a los demás obreros del sector público.

Considerar que el artículo 52º de la Ley Orgánica de Municipalidades al establecer que los obreros municipales están sujetos exclusivamente al régimen laboral de la actividad pública, estaría implicando que se les tengan que aplicar las normas laborales para la carrera administrativa, lo cual constituye un despropósito debido a que, como ya se advirtió, la misma norma les otorga los mismos deberes y derechos que a sus pares en el Gobierno Central. Una interpretación en este sentido constituiría un imposible jurídico, ya que no sería posible otorgar a los obreros municipales, al mismo tiempo, el régimen de la carrera administrativa y los deberes y derechos que corresponden a los obreros del Gobierno Central.

Aún en el caso que se asumiera esta interpretación, el resultado será siempre el mismo: a los obreros municipales se les debe calcular la compensación por tiempo de servicios según lo previsto en el Decreto Legislativo Nº 650, ya que ante la presencia de un imposible jurídico y la subsiguiente inexistencia de una norma expresa válida que regule la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales, *las municipalidades habrían desarrollado una costumbre.*

La costumbre es reconocida en el derecho laboral como una fuente generadora de derechos y obligaciones. Según Javier Neves, consiste en *"una práctica reiterada que genera, en la comunidad en la que se da, la convicción de que produce derechos y obligaciones para sus miembros"*[3], constituyéndose en un hecho normativo capaz de producir relaciones jurídicas obligatorias.

[3] NEVES MUJICA Javier. "Introducción al Derecho del Trabajo". Ara Editores. Lima, 1997. p. 86

Desde la dación de la Ley Orgánica de Municipalidades en 1984, los Gobiernos Locales han venido liquidando la compensación por tiempo de servicios de los obreros municipales de conformidad con las mismas reglas establecidas para el resto de obreros al servicio del Estado. Vale decir, aquellas que regulan la actividad privada, con lo cual se debe concluir, una vez más, en que el régimen aplicable es el regulado por el Decreto Legislativo Nº 650.

En caso que no se aceptase la tesis de la costumbre como un hecho normativo, se estaría ante la situación de un *"vacío normativo"* en lo relativo al régimen de la compensación por tiempo de servicios aplicable a los obreros municipales, por lo que sería preciso realizar una labor de integración jurídica.

Integrar jurídicamente implica llenar una vacío normativo recurriendo a la analogía (traslado de la norma de un marco institucional a otro) o la interpretación extensiva (mantenerse dentro del marco institucional, pero ampliando el supuesto de la norma) y a los principios generales del derecho.

De acuerdo a ello, al existir una norma ad hoc para el caso de obreros al servicio del Estado, lo que cabe es una interpretación extensiva de esta norma a los obreros municipales. El principio orientador en materia de derecho laboral, a estos efectos, es el de *indubio pro operario*, es decir, ante la duda se debe preferir aquello que es lo más beneficioso para el trabajador, complementado con el principio de la primacía de la realidad, según el cual en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de texto escrito, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Ello, nuevamente, lleva en forma inevitable a concluir que el régimen aplicable a los obreros municipales para el pago de su compensación por tiempo de servicios es el regulado en el Decreto Legislativo Nº 650.

IV. CONCLUSIONES

1. Las Municipalidades estuvieron facultadas legalmente a evaluar y proceder al cese por causal de excedencia de aquellos trabajadores que no califiquen, en el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1996. Toda acción posterior en este sentido, deberá ser declarada nula.

2. No se han respetado los principios de transparencia, razonabilidad, proporcionalidad y eficacia en los procesos de evaluación de obreros municipales. Especialmente, en los casos de la Municipalidad Provincial de Lima y las Municipalidades Distritales de Jesús María, Chorrillos, Lince, Santa Anita, Rímac y Breña.

3. La falta de asistencia a las pruebas de evaluación no constituye por sí misma una causa suficiente para proceder al cese por causal de excedencia. En todo caso, la inasistencia injustificada de los obreros municipales a rendir dichas pruebas les debió generar una nota desaprobatoria a tener en cuenta en la calificación final.

4. La dación de una Ley que disponga la reposición de los obreros o del personal cesado por excedencia en las municipalidades, no encuentra sustento jurídico directo en la Constitución, en los Convenios de la Organización Internacional

del Trabajo ni en los Tratados sobre derechos humanos que obligan al Estado peruano.

5. Existe un control jurisdiccional sobre los procesos de evaluación de personal llevados a cabo por las entidades públicas, siendo ésta la vía idónea y no la de la violencia, en cualquiera de sus formas, la adecuada para la cabal protección de los derechos constitucionales afectados.

6. Los obreros municipales están sujetos al régimen laboral de la actividad pública, el mismo que, para efectos de su compensación por tiempo de servicios, se remite a las reglas del Decreto Legislativo Nº 650. En este sentido, las municipalidades deben liquidar a sus obreros la correspondiente compensación por tiempo de servicios de conformidad con las reglas del mencionado Decreto Legislativo.

7. De conformidad con lo interpretado por el Tribunal Constitucional, el cobro del íntegro de la compensación de los beneficios sociales extingue la relación laboral, convirtiendo en inejecutable un mandato judicial de reposición. Para los obreros municipales, debe entenderse que el "íntegro" incluye una liquidación de beneficios sociales que contemple la compensación por tiempo de servicios de conformidad con las reglas del Decreto Legislativo Nº 650.

IV. RECOMENDACIONES

1. **RECORDAR** a las autoridades municipales que, conforme a lo previsto en las normas legales vigentes y a lo recomendado en la Resolución Defensorial N° 014-97/DP, corresponde liquidar la compensación por tiempo de servicios de sus obreros municipales con arreglo a lo establecido en el Decreto Legislativo Nº 650. A estos efectos, deberán efectuar progresivamente las previsiones presupuestarias que cubran este concepto, de modo tal que no se afecte el derecho de los ciudadanos a los servicios que dichas entidades prestan y por los cuales cumplen con pagar los respectivos tributos municipales. El presente recordatorio general de deberes de función, emitido al amparo del inciso 1) del artículo 9º de la Ley Nº 26520 se sustenta en el artículo 21º inciso a) del Decreto Legislativo Nº276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; el articulo 47º inciso 6) de la Ley Nº 23853, Ley Orgánica de Municipalidades; la Norma I y el artículo 17º de la Ley Nº 26703, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado; y, la Disposición Transitoria Unica de la Ley 26756.

2. **EXHORTAR** a los Gobiernos Locales a que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 139º inciso 2) de la Constitución y el artículo 4º del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, den cumplimiento a las sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. Lo anterior no debe interpretarse como excluyente de la búsqueda de una solución alternativa en el ámbito del proceso de ejecución de sentencia, propiciándose a tal efecto el diálogo con los obreros municipales afectados. Ejemplo de esto último podría encontrarse en acuerdos de reconocimiento de una adecuada indemnización o compensación, celebrados de conformidad con lo previsto en el artículo 339º del Código Procesal Civil, cuyo cumplimiento gradual permitiría hacer realidad el derecho de los obreros municipales a una justa compensación por tiempo de servicios, unido a la posibilidad de cumplimiento por parte de la administración municipal en el marco de aplicación de las normas que consagran el principio del

equilibrio presupuestal y de la responsable prestación de los servicios que brindan las municipalidades a sus vecinos.

3. **INVOCAR** a los magistrados del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional a que, de conformidad con lo establecido en los artículos 131º y 184º inciso 1) del Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 017-93-JUS, y artículo 43º de la Ley Nº 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, observen estrictamente los plazos establecidos en la ley para la resolución de los procesos de amparo, teniendo en consideración que tratándose de la afectación de intereses colectivos, la excesiva demora en resolver puede, además de generar en los hechos un daño irreparable a los afectados, ocasionar un alto costo social que podría afectar derechos de la colectividad.

4. **SOLICITAR** al Congreso de la República, a través de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social, considerar como un tema prioritario en la agenda legislativa la dación de una norma que consagre de manera indiscutible los derechos que corresponden a los obreros al servicio del Estado, en general.

5. **RECONOCER** la actitud adoptada por el Alcalde de la Municipalidad de Breña, quien ha dado cumplimiento al mandato judicial expedido en la acción de amparo planteada por los obreros cesados.

Lima, febrero 1999