"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

INFORME LEGAL N° 184 -2009-ANSC/OAJ

A : **BEATRIZ ROBLES CAHUAS**
Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

De : **Abog. MANUEL MESONES CASTELO**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
GERENCIA DE POLITICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS
03 NOV. 2009
RECIBIDO
Firma: Rosii Hora: 5:07 pm

Asunto : Ejercicio al derecho de vacaciones de los alcaldes

Referencia : Oficio Nº 575-2009-PCM/SGP
Oficio Nº 460-2009-CG/ORTR

Fecha : 30 OCT 2009

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, a fin de emitir opinión respecto a la consulta planteada a través de los documentos de la referencia, mediante los cuales la Oficina Regional de Control Trujillo consulta sobre:

a) Si los alcaldes tienen derecho a gozar de treinta (30) días de vacaciones al año;
b) Si los alcaldes tiene derecho a cobrar adicionalmente a sus doce remuneraciones el importe de una remuneración por concepto de vacaciones no gozadas;
c) Si los alcaldes tienen derecho a percibir el subsidio previsto en el artículo 145° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM; y,
d) Si los familiares de los alcaldes tienen derecho a percibir el subsidio previsto en el artículo 144° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° M. MESONES O.A.J.

I Antecedentes y Base Legal

1.1 El artículo 2° del Decreto Legislativo N° 276 señala respecto de los funcionarios de confianza lo siguiente:

> *"Artículo 2º.- 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."*

1.2 El artículo 4° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, reglamento del Decreto Legislativo N° 276, establece respecto de los funcionarios de confianza:

> *"Artículo 4º.- Considerase funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente, conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes Públicos y los organismos con autonomía. Los cargos políticos y de confianza son los determinados por Ley."*

1.3 La Ley Marco del Empleo Público Ley Nº 28175, en su artículo 4° señala lo siguiente:

> ***"Artículo 4°.- Clasificación***
> *El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:*
> ***1. Funcionario público.-*** *El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.*
> *El Funcionario Público puede ser:*
> *a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.*
> *b) De nombramiento y remoción regulados.*
> *c) De libre nombramiento y remoción.*
>
> ***2 Empleado de confianza.-*** *El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. 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. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento. (...)"*

1.4 En relación a los subsidios por fallecimiento y por sepelio, el Decreto Supremo N° 005-90-PCM señala:

> ***"Artículo 144º.-*** *El subsidio por fallecimiento del servidor se otorga a los deudos del mismo por un monto de tres remuneraciones totales, en el siguiente orden excluyente: cónyuge, hijos, padres o hermanos. En el caso de fallecimiento de familiar directo del servidor: cónyuge, hijos o padres, dicho subsidio será de dos remuneraciones totales.*
> ***Artículo 145º.-*** *El subsidio por gastos de sepelio será de dos (2) remuneraciones totales, en tanto se de cumplimiento a lo señalado en la parte final del inciso j) del artículo 142, y se otorga a quien haya corrido con los gastos pertinentes."*

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° M. MESONES O.A.J.

II Análisis:

2.1 El artículo 2° del Decreto Legislativo N° 276 señala que no están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.

A partir de lo señalado en dicha norma es preciso efectuar un doble examen: en primer lugar debemos distinguir entre los beneficios propios y particulares de los servidores de carrera verificando si existe una exclusión normativa expresa que delimite su goce y disfrute sólo para los servidores de carrera y, en segundo lugar, analizar si aún cuando no exista una exclusión expresa éste puede ser extendido los alcaldes, para ello, debemos analizar si un determinado beneficio, por su naturaleza, puede ser extendido a los funcionarios siempre que su goce sea compatible con la naturaleza de la confianza política que es atributo de esta categoría.

2.2 En cuanto a si los alcaldes tienen derecho a vacaciones es preciso citar lo dispuesto por el artículo 110° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM:

> ***"Artículo 110º.-***
> *Las licencias a que tienen derecho los funcionarios y servidores son:*
> *a) Con goce de remuneraciones:*
> *Por enfermedad;*
> *Por gravidez;*
> *Por fallecimiento del cónyuge, padres, hijos o hermanos;*
> *Por capacitación oficializada;*
> *Por citación expresa; judicial, militar o policial.*
> *Por función edil de acuerdo con la Ley 23853.*
> *b) Sin goce de Remuneraciones:*
> *Por motivos particulares;*
> *Por capacitación no oficializada.*
> *c) A cuenta del período vacacional:*
> *Por matrimonio;*
> *Por enfermedad grave del cónyuge, padres o hijos."*

2.3 Como podemos advertir, el artículo regula las licencias de las que gozan servidores y funcionarios, mientras que el literal c) de dicha norma señala que ambos pueden solicitar licencias a cuenta de su período o récord vacacional, entonces, las vacaciones son un derecho que también les alcanza a los funcionarios.

2.4 Esta interpretación se ve reforzada por el marco constitucional que define el conjunto de derechos previstos para todo trabajador (persona que desarrolla una prestación personal de servicios subordinada) tiene como marco de referencia lo establecido en los artículos 23[1] y 51[2] de la Constitución, entre ellos el derecho al descanso anual remunerado reconocido expresamente por el artículo 25 de la Constitución, el cual en su segundo párrafo señala que *"los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio"*.

En efecto, a partir de lo dispuesto en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales los cuales tienen aplicación directa por tratarse de derechos fundamentales. A esta conclusión arribamos a partir de una interpretación del texto constitucional en base a los principios de coherencia normativa, fuerza normativa de la Constitución y concordancia práctica[3].

---

[1] Constitución, artículo 23°: *"Artículo 23°.- El Estado y el trabajador. (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador."*

[2] Constitución, artículo 51°: *"Artículo 51°.- Supremacía de la constitución. La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. (...)"*

[3] ***El principio de concordancia práctica***: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el Convenio N° 52 de la OIT[4], que conforma un "bloque de constitucionalidad" al amparo de lo dispuesto en la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú, en sus artículos 1° y 2° facultan al Estado a excluir del beneficio de las vacaciones a las personas empleadas en la administración pública cuyas **condiciones de trabajo** les concedan descansos remunerados por una duración por lo menos de seis días al año. Es decir, se exceptúan de las vacaciones quienes ya gozan de un beneficio similar pero como condición de trabajo.

Consecuentemente, los alcaldes tienen derecho a gozar de vacaciones, la pregunta es si el goce de este derecho puede ser ejercido en los mismos términos que los servidores no han sido excluidos por nuestra legislación. Sobre el particular es necesario citar lo dispuesto por la Ley Orgánica de Municipalidades, que su artículo 5° señala que el concejo municipal, provincial y distrital, está conformado por el alcalde y el número de regidores que establezca el Jurado Nacional de Elecciones, conforme a la Ley de Elecciones Municipales.

---

derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución). **(Exp. N.° 5854-2005-Pa/TC, PIURA, PEDRO ANDRÉS LIZANA PUELLES)**

[4] Convenio OIT N° 52: *"Artículo 1.* ***1. El presente Convenio se aplica a todas las personas empleadas en las empresas y establecimientos siguientes, ya sean éstos públicos o privados****: a) empresas en las cuales se manufacturen, modifiquen, limpien, reparen, adornen, terminen, preparen para la venta, destruyan o demuelan productos, o en las cuales las materias sufran una transformación, incluidas las empresas de construcción de buques, y la producción, transformación y transmisión de electricidad o de cualquier clase de fuerza motriz; b) empresas que se dediquen exclusiva o principalmente a trabajos de construcción, reconstrucción, conservación, reparación, modificación o demolición de las obras siguientes: edificios, ferrocarriles, tranvías, aeropuertos, puertos, muelles, obras de protección contra la acción de los ríos y el mar, canales, instalaciones para la navegación interior, marítima o aérea, caminos, túneles, puentes, viaductos, cloacas colectoras, cloacas ordinarias, pozos, instalaciones para riegos y drenajes, instalaciones de telecomunicación, instalaciones para la producción o distribución de fuerza eléctrica y de gas, oleoductos, instalaciones para la distribución de agua, y las empresas dedicadas a otros trabajos similares y a las obras de preparación y de cimentación que preceden a los trabajos antes mencionados; c) empresas dedicadas al transporte de viajeros o mercancías por carretera, ferrocarril o vía de agua interior o aérea, comprendida la manipulación de mercancías en los muelles, embarcaderos, almacenes y aeropuertos; d) minas, canteras e industrias extractivas de cualquier clase; e) establecimientos comerciales, comprendidos los servicios de correos y de telecomunicaciones; f) establecimientos y administraciones en los que las personas empleadas efectúen esencialmente trabajos de oficina; g) empresas de periódicos; h) establecimientos dedicados al tratamiento u hospitalización de enfermos, lisiados, indigentes o alienados; i) hoteles, restaurantes, pensiones, círculos, cafés y otros establecimientos análogos; j) teatros y otros lugares públicos de diversión; k) establecimientos que revistan un carácter a la vez comercial e industrial y que no correspondan totalmente a una de las categorías precedentes. 2. La autoridad competente de cada país, previa consulta a las principales organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, deberá determinar la línea de demarcación entre las empresas y establecimientos antes mencionados y los que no estén incluídos en el presente Convenio.* ***3. La autoridad competente de cada país podrá exceptuar de la aplicación del presente Convenio*** *a: a) las personas empleadas en empresas o establecimientos donde solamente estén ocupados los miembros de la familia del empleador;* ***b) las personas empleadas en la administración pública, cuyas condiciones de trabajo les concedan derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración, por lo menos, igual a la prevista por el presente Convenio".***

"Artículo 2

1. Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones ***anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos.***

(...)"

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° M. MESONES O.A.J.

Por su parte, el artículo 9° de la misma norma señala que son atribuciones del concejo municipal: a) **aprobar las licencias solicitadas por el alcalde o los regidores**, no pudiendo concederse licencias simultáneamente a un número mayor del 40% (cuarenta por ciento) de los regidores (numeral 27) y b) Aprobar la remuneración del alcalde y las dietas de los regidores (numeral 28).

De una interpretación sistemática de las normas citadas podemos concluir señalando que si bien los alcaldes tienen el derecho a gozar de vacaciones, la autorización para su disfrute corresponde al concejo municipal del que forman parte.

2.5 En cuanto a si los alcaldes tiene derecho a percibir el importe de una remuneración adicional por vacaciones no gozadas, debemos señalar que el mismo no se encuentra previsto por el régimen laboral público en los artículos 102°, 103°, 104° y 105° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM con lo cual no tiene regulación normativa que habilite a percibir una remuneración adicional por vacaciones no gozadas.

2.6 Respecto a los subsidios por fallecimiento y sepelio, creemos que dichos beneficios, conforme se encuentran regulados en el Decreto Supremo N° 005-90-PCM, sólo corresponden a los servidores públicos. Nótese que el artículo 142° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM que regula un conjunto de programas de bienestar social dirigidos a contribuir al desarrollo humano del servidor de carrera, y de su familia en lo que corresponda, procurando la atención prioritaria de sus necesidades básicas, de modo progresivo, mediante la ejecución de acciones destinadas a cubrir una serie de aspectos entre los que encontramos a los subsidios por fallecimiento del servidor y sus familiares directos, así como por gastos de sepelio o servicio funerario completo - literal j).

En este caso, nos encontramos ante beneficios económicos exclusivos de los servidores de carrera que no pueden ser extendidos a los funcionarios por existir una exclusión normativa expresa.

III Conclusiones

3.1 Los alcaldes tienen derecho a gozar de vacaciones, de una interpretación sistemática de diversas normas de la Ley Orgánica de Municipalidades, podemos concluir señalando que la autorización para el goce de las vacaciones corresponde al concejo municipal del que forman parte los alcaldes.

3.2 En cuanto a si los alcaldes tiene derecho a percibir el importe de una remuneración adicional por vacaciones no gozadas, debemos señalar que el mismo no se encuentra previsto por el régimen laboral público.

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Unión Nacional Frente a la Crisis Externa"

3.3 En cuanto a los subsidios por fallecimiento y sepelio, se trata de beneficios económicos exclusivos de los servidores de carrera que no pueden ser extendidos a los funcionarios por existir una exclusión normativa expresa.

Sin más que manifestarle, quedo de Usted.

Atentamente,

...UEL MESONES CASTELO
...fe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL