"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

INFORME TÉCNICO Nº 2029-2019-SERVIR/GPGSC

De : **CYNTHIA SÚ LAY**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Sobre el otorgamiento de vales de consumo como condición de trabajo a favor de los servidores sujetos al régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo N° 276.

Referencia : Documento con registro Nº 42920-2019

Fecha : Lima, 26 DIC. 2019

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, se consulta a SERVIR si se puede otorgar por costumbre vales de consumo que han sido concedidos desde antes del 01 de enero del 2005, a favor de los servidores sujetos al régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo N° 276.

II. Análisis

Competencia de SERVIR

2.1 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.

2.2 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 de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Sobre la costumbre en el ámbito de una relación de trabajo subordinada

2.3 La costumbre se constituye a partir de la práctica reiterada y constante, es decir, la duración y reiteración de conductas en el tiempo, y asimismo la conciencia social acerca de la obligatoriedad de dicha práctica, convicción generalizada de la exigibilidad jurídica de dicha conducta[1]. Se constituye, pues, de la combinación de un elemento objetivo, como es la repetición generalizada y continuada de una conducta, y otro subjetivo que consiste en la creencia que surgen en ella reglas obligatorias.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C. SÚ GPGSC

[1] Puede verse, al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC, en su fundamento 2.1.3.2.

2.4 Siendo así, es posible concluir que para estar vigente, a la costumbre le basta materializar un comportamiento o conducta, repetitivo y constante y con convicción de su exigibilidad, mientras en el caso de otras fuentes del derecho laboral, como por ejemplo el convenio colectivo, precisan de encontrarse plasmados y ser resultado de un proceso de negociación[2].

2.5 Ahora bien, debemos precisar que en el sector privado es aplicable la costumbre como fuente de derecho en tanto las acciones de los empleadores se efectúan en virtud a la autonomía de la libertad de las partes, motivo por el cual, los trabajadores sujetos al régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo N° 728 tienen derecho a exigir beneficios otorgados de manera unilateral y repetitiva por sus empleadores, al configurarse costumbre.

2.6 Por su parte, en la Administración Pública, la conducta o comportamiento de las entidades (en su condición de empleadoras) se rigen por el principio de legalidad[3], en virtud del cual sólo pueden actuar según lo que establezcan la Constitución, la Ley y el derecho.

2.7 Asimismo, es importante indicar que una entidad pública puede incurrir en error en el ejercicio de sus funciones, y como consecuencia, se configure una vulneración al principio de legalidad. Sin embargo, ello no puede significar que los efectos de dicho error presuponga su validez. En esa línea, el Tribunal Constitucional a través del Exp. N° 1254-2004-AA/TC, ha precisado lo siguiente:

> *"5. Cabe señalar que el Tribunal considera que la alegación de poseer derechos adquiridos presupone que estos hayan sido obtenidos conforme a Ley, toda vez que el error no genera derecho; por consiguiente, cualquier otra opinión vertida con anterioridad en que se haya estimado la prevalencia de la cosa decidida, sobre el derecho legalmente adquirido, queda sustituida por los fundamentos precedentes."*

Sobre el otorgamiento de vales de consumos como condición de trabajo

2.8 En principio, sobre el otorgamiento de condiciones de trabajo, debemos indicar que SERVIR en diversos informes ha emitido pronunciamiento al respecto, como en el Informe Técnico N° 150-2017-SERVIR/GPGSC (disponible en www.servir.gob.pe), el cual recomendamos revisar para mayor detalle y en cuyo numeral 2.8 se detalló las características para que se configure una condición de trabajo:

---

[2] Son las cláusulas de carácter normativo las que atribuyen la calidad de fuente de derecho laboral al convenio colectivo. En relación con la condición de la costumbre como fuente de derecho, puede verse la Casación Laboral N° 727-2011, que en su considerando Décimo Tercero, señala:
*"**DÉCIMO TERCERO**: No habiéndose acreditado la existencia de Convenio Colectivo que reconozca la existencia del derecho alegado en la demanda, corresponde verificar la existencia del mismo sobre la base de la costumbre como fuente del derecho laboral..."*

[3] Inciso 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:
"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."

*"2.8 Enfatizamos que **toda condición de trabajo se sujeta a las siguientes características:***

i) No tiene carácter remunerativo, porque no forma parte de la remuneración debido a que su otorgamiento no implica una contraprestación al servicio prestado, sino más bien se entregan al servidor para el cabal cumplimiento de la prestación de servicios (indispensables, necesarias o facilitan la prestación);
ii) Usualmente son en especie, y si son entregadas en dinero se destinan al cumplimiento de la prestación de servicios;
iii) No generan una ventaja patrimonial o enriquecimiento al servidor; y,
iv) No son de libre disposición del servidor."

2.9 De lo expuesto, debemos precisar que las condiciones de trabajo son (por su naturaleza) indispensables para el cumplimiento de las labores; por lo que deberán guardar las características[4] señaladas en el numeral 2.5 del presente informe, incluso si estas son otorgadas mediante costumbre.

2.10 Caso contrario, de ser entregadas al servidor para su libre disponibilidad, constituirían una ventaja patrimonial y no tendrían la connotación de condición de trabajo, formando parte de la remuneración o ingresos y configurándose así como un incremento remunerativo, lo cual se encuentra prohibido por las disposiciones presupuestales vigentes, como la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019[5].

2.11 En efecto, el artículo 6 de la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019 (así como las leyes de presupuesto de años anteriores) prohíbe el reajuste e incremento remunerativo así como la aprobación de nuevas compensaciones económicas u otros beneficios, independientemente de su denominación, naturaleza o fuente de financiamiento.

Sobre la vigencia de la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, ley General del Sistema Nacional de presupuesto

2.12 Al respecto, debemos indicar que SERVIR ya ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto a través del Informe Técnico N° 1338-2018-SERVIR/GPGSC (disponible en www.servir.gob.pe), el cual recomendamos revisar para mayor detalle y en cuyo contenido se concluyó lo siguiente:

> *"3.1 La Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411 dispone la continuidad del pago de las remuneraciones, beneficios o tratamientos especiales que venían percibiendo los trabajadores hasta el momento anterior a la fecha de su entrada en vigencia, es decir, el 1 de enero de 2005, los cuales de otro modo hubiesen tenido que dejarse de otorgar pues debían contar con la norma legal habilitante respectiva, por lo que es posible afirmar que la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411 regula exclusivamente un supuesto de hecho que sólo puede ser*

[4] Sin importar el modo o forma de su entrega, por ejemplo, la alimentación entregada como suministro directo, o a través de vales de consumo (suministro indirecto).
[5] Del mismo modo, el artículo 6 de la Leyes del Presupuesto del Sector Público para los Años Fiscales 2017 y 2018, aplicable a las entidades de los tres niveles de gobierno, prohíbe el reajuste o incremento remunerativo así como la aprobación de nuevas compensaciones económicas u otros beneficios, independientemente de su denominación, naturaleza o fuente de financiamiento.

verificado al momento de su entra da en vigencia y es de aplicación a todas las entidades públicas.

3.2 Corresponderá a la entidad determinar, en el caso concreto, si para el otorgamiento de ingresos, subvención o asignación adicional a favor los trabajadores es posible considerar como norma legal habilitante a la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, tomando en cuenta lo señalado lo señalado en la conclusión anterior y en el punto 2.4 del presente informe."

2.13 En esa línea, aquellos beneficios o tratamientos especiales que fueron celebrados antes de la dación de la Ley N° 28411, continuarán otorgándose exclusivamente a favor del personal sujeto al régimen de la actividad privada, previa evaluación efectuada por la entidad que así lo determine.

2.14 Por tanto, y respondiendo a la consulta formulada, las condiciones de trabajo otorgadas a los servidores sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276 deberán atenerse a las consideraciones expuestas en los numerales 2.8 a 2.11 del presente informe.

III. Conclusiones

3.1 Debemos precisar que las condiciones de trabajo son (por su naturaleza) indispensables para el cumplimiento de las labores; por lo que deberán guardar las características señaladas en el numeral 2.8 del presente informe, incluso si estas son otorgadas mediante costumbre.

3.2 Aquellos beneficios o tratamientos especiales que fueron celebrados antes de la dación de la Ley N° 28411, continuarán otorgándose exclusivamente a favor del personal sujeto al régimen de la actividad privada, previa evaluación efectuada por la entidad que así lo determine.

3.3 Las condiciones de trabajo otorgadas a los servidores sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 276 deberán atenerse a las consideraciones expuestas en los numerales 2.8 a 2.11 del presente informe.

Atentamente,

CYNTHIA SÚ LAY
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

CSL/abs/jms
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2019