



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -XXXX-SERVIR-GPGSC

Para : **BRATZO BENJAMÍN BARTRA IBAZETA**
Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De : **MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS**
Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal

Asunto : a) Sobre la acumulación del periodo de prueba en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728
b) Sobre la encargatura en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728

Referencia : Oficio N° 010145-2021-MP-FN-GG-OGPOHU-OAPH

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, la Oficina de Administración de Potencial Humano del Ministerio Público formula a SERVIR las siguientes consultas:

1.1 Sobre la acumulación del periodo del periodo de prueba

- a. ¿Resultan aplicables los artículos 16 y 75, del Decreto Supremo N° 001-96-TR, a efecto de realizar la suma de los periodos laborados bajo modalidades distintas de contrato (suplencia y contratación regular) a efectos del cómputo del periodo de prueba?.
- b. ¿Existe la posibilidad de realizar la exoneración del periodo de prueba del servidor que inicialmente celebró un contrato bajo la modalidad de suplencia y posterior a ello una nueva contratación?

1.2 Sobre la encargatura en el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728

- a. ¿Es factible encargar dicho cargo (que ya se encuentra encargado) por motivos de vacaciones, licencia, comisión de servicios u otros a otro servidor?
- b. De existir la posibilidad de encargar un cargo que ya se encuentra encargado (puesto o funciones), ¿este acto administrativo debe ser formalizado con acto resolutivo emitido por la máxima autoridad administrativa de la entidad?
- c. ¿Tendría los mismos efectos aquellos actos administrativos emitidos por el servidor que asume la encargatura de un cargo que ya se encuentra encargado?

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR es un organismo 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 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al 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.
- 2.3 Considerando lo señalado hasta este punto resulta evidente que no corresponde a SERVIR –a través de una opinión técnica– emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello, el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.

De la acumulación del periodo de prueba en el Decreto Legislativo N° 728

- 2.4 De acuerdo a lo previsto en el artículo 10 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, el periodo de prueba en el referido régimen laboral tiene la siguiente regulación:

"Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección".

- 2.5 De la citada disposición legal se desprende que el periodo de prueba es aquel periodo inicial de la relación laboral de duración temporal, que en términos generales se circunscribe al plazo de tres meses, salvo con las excepciones prescritas por Ley. Cuya finalidad consiste en que el empleador pueda efectuar una adecuada evaluación de las aptitudes del trabajador, para lo cual deberá tener en cuenta, lo siguiente:
- i) La capacidad del trabajador para los cambios tecnológicos;
 - ii) Las posibilidades de desarrollo profesional;
 - iii) El grado de iniciativa para resolver situaciones imprevistas;
 - iv) Las relaciones con el resto del personal o con sus clientes que faciliten unas relaciones cordiales entre los mismos, etc.
- 2.6 De igual manera, se puede apreciar del dispositivo legal en mención, que la regla general es que el período de prueba sea de tres (3) meses y que excepcionalmente las partes de común acuerdo pueden pactar un período mayor si es que el trabajador requiere un período de capacitación o adaptación, o si resulta justificado por el grado de responsabilidad que tenga.



- 2.7 En este punto corresponde precisar que los artículos 16 y 17 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR¹, señalan que en el régimen laboral de la Actividad Privada, en caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador -en tanto este último no se produzca luego de transcurrido los tres (03) años del cese- es posible la acumulación de los periodos hasta completar el periodo de prueba establecido por ley, siempre que el puesto al que se reingresa no sea notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente.
- 2.8 Sin embargo, en la Administración Pública no se puede aplicar única y exclusivamente el régimen de la Actividad Privada (Decreto Legislativo N° 728), pues aun cuando dicho régimen laboral (creado para las empresas privadas) también es utilizado en determinadas entidades públicas no fue diseñado para incorporar una carrera al interior del Estado. Por lo que, la mera existencia de una escala de niveles remunerativos o la clasificación de cargos con los requisitos para cada nivel o puesto no hacen en sí misma una progresión reglada y menos aún una carrera interna.
- 2.9 Por ello, la persona que se incorpora al Estado bajo este régimen laboral lo hace a un puesto o cargo específico, siempre que reúna el perfil y los requisitos del puesto y haya transitado previamente por un proceso de selección de personal, público y abierto, conforme a lo señalado en el artículo 5° de la LMEP².
- 2.10 De esta manera, aun cuando no existe prohibición legal alguna que impida a los servidores públicos del régimen de la actividad privada, con vínculo laboral vigente, acceder mediante concurso de méritos a un nuevo puesto de trabajo dentro de su misma entidad, ello no significa que nos encontremos frente a un mismo vínculo laboral, pues el servidor público para adjudicarse su nuevo puesto de trabajo previamente deberá renunciar a su anterior puesto de trabajo en la entidad, extinguiendo así dicha relación laboral.
- 2.11 Es así que con la suscripción del nuevo contrato de trabajo, el servidor público iniciará un nuevo vínculo laboral con la entidad debiendo asumir las obligaciones y responsabilidades propias del puesto a ocupar. Consecuentemente, el servidor público no solo deberá acreditar que cumple con el perfil del puesto -pues ello era requisito previo para su acceso- sino además deberá superar el periodo de prueba correspondiente a su nuevo puesto de trabajo a fin de verificar su desenvolvimiento eficiente en todos los aspectos relacionados a dicho puesto -

¹ **Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR**

"Artículo 16º.- En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese".

Artículo 17º.- El exceso del periodo de prueba que se pactara superando los seis meses a o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno".

² Conforme se señaló en el Informe Legal N° 1061-2011-SERVIR/GG-OAJ disponible en nuestro portal institucional www.servir.gob.pe



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

Respecto al encargo en el régimen del Decreto Legislativo N° 728

- 2.12 Sobre este tema, es preciso remitirnos al [Informe Legal N° 286-2010-SERVIR/GG-OAJ](#) referido al tratamiento de la figura del encargo en el régimen de la actividad privada, el cual señala lo siguiente:
- La figura del encargo en el régimen del Decreto Legislativo N° 728, no cuenta con una regulación especial. No obstante, el desplazamiento de personal, que deriva del poder de dirección del empleador, a cargos que implique responsabilidad directiva, en razón a las necesidades institucionales, tiene efectos remunerativos que no han sido normados.
 - El desplazamiento de un trabajador hacia un puesto de mayor jerarquía, en estricto, debe dar lugar al pago de la diferencia generada entre la remuneración original de dicho servidor y la correspondiente al puesto materia del encargo, ya que resulta razonable retribuir con una remuneración equivalente a una mayor responsabilidad.
 - Ello tiene sustento en que el contrato de trabajo es de prestaciones recíprocas, por lo que, debe tenderse a que dichas prestaciones mantengan su equilibrio, lo que se alcanza cuando el desempeño (temporal) de funciones correspondientes a un mayor nivel jerárquico, tienen como correlato la percepción (temporal) de un monto mayor por concepto de compensación económica.
 - El pago diferencial por concepto de encargo debe sujetarse de manera estricta al presupuesto autorizado por la entidad.
 - La entidad debe regular a través de directivas internas (reglamento interno de trabajo o lineamientos similares) la manera y condiciones en que se hacen efectivos los pagos por encargo a fin de ordenar la gestión administrativa y evitar cualquier arbitrariedad que se pudiera alegar en la ejecución de dichas acciones.
- 2.13 De acuerdo con lo señalado, en el régimen del Decreto Legislativo N° 728 la figura del encargo no cuenta con una regulación especial.
- 2.14 En ese sentido, y dado que no existe una norma de carácter general que regule la figura del encargo en el régimen de la actividad privada, corresponderá a la entidad pública con personal sujeto al régimen de la actividad privada, regular a través de sus instrumentos internos de gestión (reglamento interno de trabajo, directiva o normativa interna de la entidad) la figura del encargo, como una acción de desplazamiento, así como, las condiciones y requisitos para el pago de la diferencial, ello a efectos de ordenar su gestión administrativa y proscribir cualquier arbitrariedad que se pudiera alegar en la ejecución de dichas acciones.
- 2.15 Resulta pertinente señalar que las acciones de desplazamiento, como por ejemplo, el encargo, solo resulta aplicable a servidores que presten labor efectiva y no se encuentren bajo algún supuesto de suspensión de labores.



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

III. Conclusiones

- 3.1 De acuerdo al artículo 10 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, el período de prueba es una fase inicial del contrato de trabajo que permite al empleador efectuar una adecuada evaluación de las aptitudes del trabajador para el desempeño en el puesto de trabajo.
- 3.2 Cuando un servidor público del régimen de la actividad privada, con vínculo laboral vigente, se adjudica mediante concurso de méritos un nuevo puesto de trabajo dentro de su misma entidad, previamente deberá renunciar a su anterior puesto de trabajo, a fin de no incurrir en la prohibición de doble percepción.
- 3.3 Si bien los artículos 16 y 17 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, señalan que en el régimen de la actividad privada es factible la acumulación del periodo de prueba, debemos precisar que en la Administración Pública no se puede aplicar única y exclusivamente el régimen de la Actividad Privada (Decreto Legislativo N° 728), pues aun cuando dicho régimen laboral (creado para las empresas privadas) también es utilizado en determinadas entidades públicas no fue diseñado para regular una carrera al interior del Estado, por ello deberá acudirse a la LMEP, norma de carácter transversal a la entidades públicas.

Con la suscripción del nuevo contrato de trabajo, el servidor público iniciará un nuevo vínculo laboral con la entidad debiendo asumir las obligaciones y responsabilidades propias del puesto a ocupar. Consecuentemente, deberá superar el periodo de prueba correspondiente a su nuevo puesto de trabajo a fin de acreditar su desenvolvimiento eficiente en todos los aspectos relacionados al puesto a ocupar.

- 3.4 Al no contar la figura del encargo en el régimen del Decreto Legislativo N° 728 con una regulación especial, corresponderá a la entidad pública con personal sujeto al régimen de la actividad privada, regular a través de sus instrumentos internos de gestión (reglamento interno de trabajo, directiva o normativa interna de la entidad) dicha figura, como una acción de desplazamiento, así como, las condiciones y requisitos para el pago de la diferencial, aplicable solo al personal sujeto a dicho régimen.

Las acciones de desplazamiento, como por ejemplo, el encargo, solo resulta aplicable a servidores que presten labor efectiva y no se encuentren bajo algún supuesto de suspensión de labores.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS
Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

BBBI/meccgo/ccg

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: RYO4MWWWMCG