

**PERÚ**Presidencia del
Consejo de MinistrosAutoridad Nacional
del Servicio CivilGerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

Para : **ADA YESENIA PACA PALAO**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

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

Asunto : Sobre el otorgamiento de condiciones de trabajo en la Administración Pública en el Estado de Emergencia Nacional.

Referencia : Oficio N° 309-2021-GRA/GRE-OAD

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina de Administración de la Gerencia Regional de Educación del Gobierno Regional de Arequipa consulta a SERVIR sobre lo siguiente:

- a) Corresponde entregar canastas navideñas o canastas de alimentos a trabajadores administrativos y docentes de Institutos Superiores sin que exista convenio colectivo o laudo arbitral de por medio como condición de trabajo.
- b) La costumbre sobre la entrega de canastas navideñas o canastas de alimentos que estuvieron entregando por varios años, generan la costumbre laboral para resolver temas de naturaleza administrativa y no judicial al amparo del artículo 139 inciso 8 de la Constitución Política.
- c) Corresponde entregar alimentos con condición de trabajo a través de la adquisición de víveres en tarjetas electrónicas al personal que cumple funciones administrativas dentro del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 que cuenta con convenio colectivo y que para el presente año cuentan con Plan de Bienestar aprobada donde se considera dicha entrega. Además de que el personal viene laborando de manera remota y mixta.

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

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: Y9KBPQF



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.

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

- 2.4 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 conducta¹. 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.
- 2.5 Siendo así, es posible concluir que para estar vigente, a la costumbre le basta materializar comportamientos o conductas repetitivas, constantes y con convicción de su exigibilidad; mientras que 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 negociación².

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

- 2.6 Al respecto, debemos indicar que SERVIR ya ha tenido oportunidad de pronunciarse 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:

“2.4 Se consulta si la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411 viene siendo de aplicación a todas las entidades públicas y si la excepción plasmada en dicha disposición se enmarca dentro de la salvedad establecida en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 291-2012-EF. Al respecto, cabe señalar que 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, muchos de los cuales carecían de sustento, situación en la cual radica el carácter excepcional de la norma, porque de otro modo hubiesen tenido que dejarse de otorgar, afectando los ingresos de los trabajadores. Naturalmente, queda claro que con posterioridad a su entrada en vigencia, es decir, a partir del 1 de enero de 2005,

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 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...”



toda remuneración, beneficio o tratamiento especial que gozaren los trabajadores deberá contar con la norma legal habilitante respectiva, situación en la que radica el carácter transitorio de la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411. En ese sentido y en respuesta a este extremo de la consulta, cabe señalar que la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411 regula exclusivamente un supuesto de hecho que sólo puede ser verificado al momento de su entrada en vigencia, esto es, al 1 de enero de 2005, y de aplicación a todas las entidades públicas.

(...)

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 verificado al momento de su entrada 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 en la conclusión anterior y en el punto 2.4 del presente informe."

- 2.7 En esa línea, aquellos beneficios o tratamientos especiales (otorgados ya sea por costumbre o convenio colectivo) que fueron celebrados antes de la dación de la Ley N° 28411, continuarán otorgándose a favor de los servidores bajo el régimen laboral privado (regulado por el Decreto Legislativo N° 728), previa evaluación efectuada por la entidad que así lo determine. Es importante precisar que esta disposición no es extensible a otros regímenes laborales como los regulados por los Decretos Legislativos N° 276 y N° 1057.

Sobre el otorgamiento de condiciones de trabajo

- 2.8 En principio, es de señalar que SERVIR ha tenido oportunidad de desarrollar el otorgamiento de condiciones de trabajo a través de múltiples informes, como el [Informe Técnico N° 150-2017-SERVIR/GPGSC](#) (disponible en www.servir.gob.pe), cuyo contenido ratificamos y recomendamos revisar para mayor detalle, en el cual se detallaron las características que deben reunir las condiciones de trabajo:

"(...)

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 En esa línea, respecto al otorgamiento de una condición de trabajo sea mediante un producto comercial o por liberalidad del empleador, ésta solo será procedente siempre que sea proporcionada a los servidores de manera indispensable o necesaria para el cabal cumplimiento de las labores o facilitar la prestación de servicios, sin que ello constituya una ventaja patrimonial y de libre disposición para el servidor.

De lo indicado, se evidencia que la entrega de condiciones de trabajo, solo pueden ser otorgadas exclusivamente a los servidores y servidoras con vínculo laboral vigente y únicamente para que estos puedan realizar la efectiva ejecución de sus prestaciones. Por tanto, no constituye un beneficio que pueda ser incorporado en la liquidación de la servidora o servidor cuando este cese o extinga su vínculo laboral bajo cualquier causal.

- 2.10 Por otro lado, es importante precisar que la entrega de una condición de trabajo debe cumplir con las características señaladas en el numeral 2.4 del presente informe, caso contrario, tal otorgamiento implicaría un incremento de su remuneración, lo que se encuentra prohibido actualmente en las entidades públicas de los tres niveles de gobierno, según lo establecido por la Ley N° 31084, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021. En efecto, el artículo 6 de la Ley N° 31084 (así como las leyes de presupuesto de años anteriores³), 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.
- 2.11 Asimismo, es importante indicar que, si bien el otorgamiento de condiciones de trabajo puede encontrarse vigente, éste podría no cumplir su finalidad durante el presente Estado de Emergencia Nacional (EEN), toda vez que dichas condiciones de trabajo deben ser compatibles con su naturaleza, características⁴ y esencialmente su finalidad, las cuales deben ser concordadas con la modalidad de trabajo que se viene aplicando durante el EEN, evitando así su desnaturalización. Por tanto, la entidad deberá evaluar la pertinencia de otorgar condiciones de trabajo, para lo cual tomará en cuenta lo descrito en el presente informe.
- 2.12 Finalmente, debemos precisar que todo beneficio convencional debe ser otorgado conforme a lo establecido en las cláusulas convencionales que los contienen, motivo por el cual, las partes no pueden, de manera unilateral o consensuada, modificar las cláusulas convencionales o arbitrales pactadas.

³ Así por ejemplo el Decreto de Urgencia N° 014-2019, Decreto de Urgencia que Aprueba el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2020, en su artículo 6, sobre las prohibiciones respecto a los ingresos del personal, ha prohibido a las entidades del Gobierno Nacional, regionales y locales, no solo el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivo, compensaciones económicas y beneficios de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, y fuente de financiamiento; sino también, la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas, compensaciones económicas y beneficios de toda índole.

⁴ 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.



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 Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

III. Conclusiones

- 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 del sector privado 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.
- 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. Es importante precisar que esta disposición no es extensible a otros regímenes laborales como los regulados por los Decretos Legislativos N° 276 y N° 1057.
- 3.3 Las condiciones de trabajo deben reunir las características citadas en el numeral 2.4 del presente informe. Caso contrario, estas constituyen una ventaja patrimonial y trasgreden la prohibición al reajuste e incremento remunerativo así como la aprobación de nuevas compensaciones económicas u otros beneficios establecido en las normas presupuestarias vigentes.
- 3.4 Si bien el otorgamiento de condiciones de trabajo puede encontrarse vigente, éste podría no cumplir su finalidad durante el presente Estado de Emergencia Nacional (EEN), toda vez que dichas condiciones de trabajo deben ser compatibles con su naturaleza, características y esencialmente su finalidad, las cuales deben ser concordadas con la modalidad de trabajo que se viene aplicando durante el EEN, evitando así su desnaturalización.
- 3.5 Todo beneficio convencional debe ser otorgado conforme a lo establecido en las cláusulas convencionales que los contienen, motivo por el cual, las partes no pueden, de manera unilateral o consensuada, modificar las cláusulas convencionales o arbitrales pactadas.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS

Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

AYPP/meccgo/abs

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: Y9KBPQF