



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 de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

INFORME TÉCNICO N° 242 -2019-SERVIR/GPGSC

De : **CYNTHIA SÚ LAY**
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : a) Sobre la costumbre en la Administración Pública
b) Sobre el otorgamiento de alimentos mediante tarjetas electrónicas

Referencia : Oficio N° 129-2019-CG/JUST-A-MAGISTRATURA-EX

Fecha : Lima, **07 FEB. 2019**

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, la Sub Gerencia de Control de Sector Justicia de la Contraloría General de la República, formula a SERVIR las siguientes preguntas:

- En mérito a la costumbre, una entidad pública otorga vales de consumo en el mes de diciembre de cada año ¿es viable incrementar el monto de dichos vales?
- Lo dispuesto en la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto ¿resulta aplicable al personal bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057-CAS?
- Una entidad pública otorga alimentos mediante tarjetas de consumo a sus trabajadores bajo la modalidad del Decreto legislativo N° 728 ¿es viable incrementar el monto de la alimentación otorgado mediante tarjetas electrónicas?
- ¿Es válido otorgar el concepto de alimentos cuando el trabajador se encuentra de vacaciones o descanso médico?

II. Análisis

Competencia de SERVIR

- Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del Servicio Civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al Servicio Civil, entre otras, emita de manera progresiva.
- 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.
- 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 del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

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

- En principio, corresponde señalar que 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





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 de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

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 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 negociación².

2.6 Sin embargo, no podemos soslayar que en el ámbito público la conducta o comportamiento de las autoridades administrativas se encuentra regida por el principio de legalidad³, en virtud del cual sólo pueden actuar según lo que establezcan la Constitución, la Ley y el derecho. En ese orden de ideas, el principio de legalidad supone pues una importante limitación a la costumbre en las relaciones de servicio civil.

Asimismo, es importante indicar que la costumbre nunca podría aplicarse en contra de un mandato normativo superior, por lo que cualquier práctica que se forme en contravención de una norma será inválida.

2.7 Ahora bien, en mérito a lo expuesto en los párrafos que preceden, es pertinente señalar que las entidades públicas que cuenten con personal sujeto al régimen de la actividad privada (entiéndase, únicamente personal bajo el Régimen del Decreto Legislativo N° 728), en virtud de lo dispuesto en la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto⁴ (en adelante, LGSNP), **excepcionalmente** pueden seguir otorgando a sus trabajadores las remuneraciones, beneficios o tratamientos especiales que por costumbre, disposición legal o negociación colectiva venían otorgando, de acuerdo a la normatividad laboral.

2.8 No obstante, dicha excepcionalidad procede únicamente cuando los beneficios de carácter económico hayan sido concedidos antes de la fecha de la entrada en vigencia de la LGSNP (entiéndase, antes del 05 de enero de 2005); toda vez que, las leyes presupuestales de años posteriores⁵, así como la del presente

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 (...)"

³ **Inciso 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS:**

"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."

Actualmente se mantiene vigente en virtud de lo dispuesto en la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público:

"Única Disposición Complementaria Derogatoria:

Derógase la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, salvo la Cuarta, Séptima, Octava, Décima, Duodécima y Décimo Tercera Disposición Final y la Segunda, Tercera, Cuarta, Sexta, Séptima y Novena Disposición Transitoria de dicha Ley, las cuales mantienen su vigencia."

⁵ Así tenemos por ejemplo:

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2006, Ley N° 28652, artículo 8°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2007, Ley N° 28927, artículo 4°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2008, Ley N° 29142, artículo 5°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2009, Ley N° 29289, artículo 5°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2010, Ley N° 29564, artículo 6°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2011, Ley N° 29626, artículo 6°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2012, Ley N° 29812, artículo 6°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2013, Ley N° 29951, artículo 6°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2014, Ley N° 30114, artículo 6°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2015, Ley N° 30281, artículo 6°.





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 de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

ejercicio presupuestal, Ley N° 30879 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, vienen estableciendo una limitación aplicable en las entidades de los tres (3) niveles de gobierno en virtud de la cual, se estaría eliminando cualquier posibilidad de incremento remunerativo, así como la aprobación de nuevos conceptos o beneficios (independientemente de la denominación, naturaleza o fuente de financiamiento) inclusive aquellas derivadas de convenios colectivos⁶.

- 2.9 En ese sentido, atendiendo las consultas a) y b), la excepcionalidad contemplada en la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, es aplicable únicamente para los trabajadores bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728⁷, y sólo comprende aquellos beneficios o conceptos otorgados antes del 05 de enero de 2005 (en la misma forma y monto), lo cual no implica que dichos beneficios sean incrementados; toda vez que las disposiciones presupuestales posteriores a dicha fecha, ya prohibían cualquier aprobación, ajuste o incremento de cualquier beneficios o concepto de naturaleza económica.

Sobre la entrega de alimentos como condición de trabajo

- 2.10 Al respecto, las condiciones de trabajo son aquellos bienes, servicios, prestaciones, gastos, montos dinerarios y todo aquello que es entregado por el empleador al servidor por ser imprescindibles o necesarios para el cabal desempeño de las labores o facilitan la prestación de servicios; caso contrario, por no contar con los medios que, razonablemente, puedan ser considerados como indispensables, necesarios o facilitadores, el servidor no podría laborar en la forma esperada ni ser responsable del incumplimiento total o parcial de la prestación de servicios.
- 2.11 Siendo así, debemos enfatizar que SERVIR en diversos informes ha emitido pronunciamiento sobre las condiciones de trabajo, por ejemplo la opinión recaída 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:

"2.8 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, necesarios 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."* (Énfasis agregado)



Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2016, Ley N° 30372, artículo 6°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2017, Ley N° 30518, artículo 6°.

Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2018, Ley N° 30693, artículo 6°.

Ley N° 30879, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019:

Artículo 6.- Ingresos del Personal

Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, Ministerio Público; Jurado Nacional de Elecciones; Oficina Nacional de Procesos Electorales; Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; Contraloría General de la República; Consejo Nacional de la Magistratura; Defensoría del Pueblo; Tribunal Constitucional; universidades públicas; y demás entidades y organismos que cuenten con un crédito presupuestario aprobado en la presente ley, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, beneficios, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas y conceptos de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, beneficios, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas, compensaciones económicas y conceptos de cualquier naturaleza con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas."

⁷ Máxime si el régimen especial de contratación administrativa de servicios aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1057 - CAS, fue publicado el 28 de junio del 2008, en el Diario Oficial "El Peruano"; es decir, cuando ya existían leyes presupuestales que prohibían cualquier posibilidad de incremento remunerativo.



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 de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

- 2.12 Caso contrario, si no fueran indispensables para el cumplimiento de las labores y fueran 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 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.
- 2.13 En ese sentido, siempre que cumplan con las características señaladas en el numeral 2.11 del presente informe, la movilidad, los viáticos, los gastos de representación, el uniforme o vestuario, "la alimentación", entre otros bienes, servicios o prestaciones, podrán constituir condiciones de trabajo, sin que pueda enumerarse o establecerse una lista taxativa, dado que corresponderá determinar, en cada caso específico, si el empleador está obligado a entregar al personal lo que se necesite para que pueda cumplir con sus obligaciones de forma debida.
- 2.14 En esa línea, respecto al otorgamiento de la alimentación *-a través de tarjetas electrónicas o vales de consumo, por ejemplo-* por parte de una entidad pública, en su calidad de empleador, solo será procedente siempre que ésta sea proporcionada a los servidores por ser indispensable o necesaria para el cabal cumplimiento de las labores o facilitar la prestación de servicios, dado que existen cuestiones particulares del servicio o características de las labores que imposibilitan que los servidores por sus propios medios o cuenta propia puedan satisfacer las necesidades de alimentación, razón por la cual el empleador se encuentra obligado a otorgar la alimentación, garantizando la calidad de vida de los servidores y logrando de ellos un rendimiento adecuado, acorde con los objetivos del puesto e institucionales.
- 2.15 Si no fuera así y la alimentación no resultará indispensable o necesaria para el cabal cumplimiento de las labores del servidor ni facilitará la prestación de servicios no podría ser considerada condición de trabajo; en consecuencia, formaría parte de su remuneración o ingreso (carácter remunerativo), constituyendo una ventaja patrimonial y de libre disposición para el servidor; lo cual constituiría una manifiesta inobservancia a las disposiciones presupuestales antes mencionadas.
- 2.16 Por lo tanto, es responsabilidad de cada entidad evaluar las razones y circunstancias que demuestren objetivamente el otorgamiento de una condición de trabajo; asimismo deberán emitir e implementar los documentos normativos (directivas, lineamientos, entre otros) que contemplen el procedimiento y los mecanismos que se emplearán para la entrega de las condiciones de trabajo, su supervisión y fiscalización.
- 2.17 Bajo este contexto, atendiendo la consulta contenida en el ítem c), si habiendo verificado que la condición de trabajo cumple con las características contenidas en el numeral 2.11 del presente informe, resultaría factible que la entidad pueda determinar un presupuesto para cubrir la necesidad de proveer la entrega de alimentos (condición de trabajo). No obstante, no podrá variar dicho presupuesto, a menos que se presenten factores que impliquen el aumento de los precios de los alimentos en el mercado, para lo cual se podría tomar como fuente la tasa de variación anual del índice de precios al consumidor – IPC (disponible en www.inei.gob.pe).
- 2.18 Por otro lado, cabe reiterar que una de las características de las condiciones de trabajo, es no tener naturaleza remunerativa, ya que su otorgamiento no es una contraprestación al servicio prestado, sino más bien una condición necesaria para que este pueda cumplir cabalmente sus funciones; por lo que está supeditada a la prestación efectiva de labores.
- 2.19 En ese sentido, atendiendo la consulta contenida en el ítem d), no es factible que las entidades públicas entreguen condiciones de trabajo a los servidores que estén bajo algún supuesto que genere la suspensión del vínculo laboral (suspensión perfecta o imperfecta); toda vez que el otorgamiento de las mismas *-condiciones de trabajo-* está supeditada a la prestación efectiva de labores.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

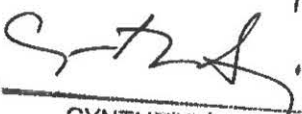
Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

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

III. Conclusiones

- 3.1 La costumbre es 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. Sin embargo, no podemos soslayar que en el ámbito público la conducta o comportamiento de las autoridades administrativas se encuentra regida por el principio de legalidad, lo cual supone una importante limitación a la costumbre en las relaciones de servicio civil.
- 3.2 La excepcionalidad contemplada en la Sexta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, es aplicable únicamente para los trabajadores bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, y sólo comprende aquellos beneficios o conceptos otorgados antes del 05 de enero de 2005 (en la misma forma y monto), lo cual no implica que dichos beneficios sean incrementados; toda vez que las disposiciones presupuestales posteriores ya prohibían cualquier aprobación, ajuste o incremento de cualquier beneficios o concepto de naturaleza económica.
- 3.3 Las las condiciones de trabajo son aquellos bienes, servicios, prestaciones, gastos, montos dinerarios y todo aquello que es entregado por el empleador al servidor por ser imprescindibles y/o necesarios para el cabal desempeño de las labores o facilitan la prestación de servicios; caso contrario, por no contar con los medios que, razonablemente, puedan ser considerados como indispensables, necesarios o facilitadores, el servidor no podría laborar en la forma esperada ni ser responsable del incumplimiento total o parcial de la prestación de servicios. Es responsabilidad de cada entidad evaluar que toda condición de trabajo revista las características señaladas en el numeral 2.11 del presente informe.
- 3.4 Sí, habiendo verificado que la condición de trabajo cumple con las características contenidas en el numeral 2.11 del presente informe, es posible que la entidad pueda determinar un presupuesto para cubrir la necesidad de proveer la entrega de alimentos (condición de trabajo). No obstante, no podrá variar dicho presupuesto, a menos que se presenten factores que impliquen el aumento de los precios de los alimentos en el mercado, para lo cual se podría tomar como fuente la tasa de variación anual del índice de precios al consumidor – IPC.
- 3.5 Si la alimentación no resultará indispensable o necesaria para el cabal cumplimiento de las labores del servidor ni facilitará la prestación de servicios no podría ser considerada condición de trabajo; en consecuencia, formaría parte de su remuneración o ingreso (carácter remunerativo), constituyendo una ventaja patrimonial y de libre disposición para el servidor; lo cual constituiría una manifiesta inobservancia a las disposiciones presupuestales de ejercicios fiscales anteriores, así como lo dispuesto por la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019.
- 3.6 No es factible que las entidades públicas entreguen condiciones de trabajo a los servidores que estén bajo algún supuesto que genere la suspensión del vínculo laboral (suspensión perfecta o imperfecta); toda vez que el otorgamiento de las mismas *-condiciones de trabajo-* está supeditada a la prestación efectiva de labores.

Atentamente,


CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

