



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 Diálogo y la Reconciliación Nacional"

INFORME TÉCNICO N° 1310 -2018-SERVIR/GPGSC

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

Asunto : Cambio de régimen laboral

Referencia : Carta N° 001-2018-RRHH/MDH

Fecha : Lima, 27 AGO. 2018

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, la Jefa de la Unidad de Recursos Humanos de la Municipalidad Distrital de Huancan formula a SERVIR las siguientes consultas:

- a) Resulta procedente que una trabajadora que se encuentra en el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, sea reconocida como trabajadora permanente bajo los alcances de la Ley N° 24041.
- b) Resulta viable reincorporar a una trabajadora en el régimen del Decreto Legislativo N° 728 mediante sentencia judicial y que laboraba mediante contrato administrativo de servicios (CAS).
- c) Es posible que una persona que labora en el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, sea reconocida como trabajadora permanente con contrato indeterminado.

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 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.
- 2.2 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 por cada Entidad.
- 2.3 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.

Delimitación del informe

- 2.4 Atendiendo a lo reseñado en los numerales precedentes, debemos indicar que siendo SERVIR un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal del Estado, no puede entenderse que como parte de sus atribuciones se encuentra el constituirse en una instancia previa a la adopción de decisiones individuales en cada entidad.





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 Diálogo y la Reconciliación Nacional"

- 2.5 Por lo anterior, se puede concluir que no corresponde a SERVIR, a través de una opinión técnica, emitir pronunciamiento sobre la situación concreta descrita en el documento de la referencia. Por ello, el presente informe abordará las reglas generales a considerar con relación a la materia consultada.

De la vinculación del Estado a través de las reglas de acceso al servicio civil

- 2.6 En primer lugar, corresponde señalar que por regla general el acceso de los servidores públicos a la Administración Pública bajo cualquier modalidad contractual (régimen laborales del Decreto Legislativo N° 276, 728 y CAS) se realiza mediante concurso público, salvo las excepciones contempladas en cada régimen, por tanto, dicha disposición legal debe ser observada por las entidades a efectos de contratar personal bajo un régimen laboral.
- 2.7 En efecto, la exigencia legal del ingreso mediante concurso público de méritos está establecida por mandatos imperativos de observancia obligatoria, tales como el artículo 5 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público y en el artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023, norma legal que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos.
- 2.8 Cabe anotar, que el artículo 9 de la referida Ley Marco del Empleo Público sanciona con nulidad los actos administrativos que contravengan las normas de acceso al servicio civil, puesto que vulneran el interés general e impiden la existencia de una relación válida, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quienes los promuevan, ordenen o permitan.
- 2.9 Por su parte, el literal a) de la Tercera Disposición Transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, aprobado por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, dispone que, en materia de gestión de personal en la Administración Pública, el ingreso de personal solo se efectúa cuando se cuenta con la plaza presupuestada. Toda acción que transgreda esta disposición será nula de pleno derecho, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario de la entidad que autorizó tal acto, así como de su titular.
- 2.10 En este sentido, el proceso de selección para el acceso al servicio civil debe ceñirse a los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y publicidad, dado que la inobservancia de los mismos genera la nulidad de dicho proceso.

Sobre el régimen del Contrato Administrativo de Servicios - CAS

- 2.11 El contrato administrativo de servicios tiene como característica esencial ser de naturaleza temporal, toda vez que supedita su vigencia a las necesidades que pueda tener cada entidad durante el año fiscal¹.
- 2.12 Asimismo, la Ley N° 29849, ley que regula la eliminación progresiva del régimen especial del Decreto Legislativo N° 1057, dispone en su artículo 3, referido a la definición del contrato administrativo de servicios, el carácter transitorio del mismo. Así también, la temporalidad del referido régimen es ratificada en la Primera Disposición Complementaria Final de la indicada norma al señalarse que la eliminación del régimen en mención se produce de manera gradual.



¹ Artículo 5 del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.



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 Diálogo y la Reconciliación Nacional"

- 2.13 Por otra parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 07 de setiembre de 2010, recaída en el Expediente N° 0002-2010-PI/TC, se ha pronunciado sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo N° 1057, declarándola infundada. Cabe destacar que el aspecto central de dicho pronunciamiento es haber establecido que el régimen de contratación administrativa de servicios es, propiamente, *"un régimen especial de contratación laboral para el sector público (...) compatible con el marco constitucional."*
- 2.14 Por lo tanto, la incorporación de servidores civiles del régimen CAS al régimen del Decreto Legislativo N° 276 o 728 no es legalmente factible. Nuestro ordenamiento contempla normas imperativas de observancia obligatoria que consagrando la meritocracia en el sector público establecen que, el ingreso al servicio civil se efectúa necesariamente vía concurso público de méritos, con sujeción a los respectivos documentos de gestión de cada entidad y a la certificación presupuestaria correspondiente.

De la prohibición constitucional sobre el cambio de condiciones contractuales y opinión vinculante del Tribunal Constitucional sobre el acceso al servicio civil

- 2.15 De otro lado y sin perjuicio de lo antes mencionado, es pertinente destacar que en virtud del artículo 62 de la Constitución Política del Perú, la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato y que *"Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase"*. En tal sentido, no está legalmente permitido disponer unilateralmente, alterar las condiciones contractuales a mérito de las cuales se vienen prestando servicios.

Por tanto, los servidores que prestan servicios al Estado bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 no pueden ser incorporados al régimen del Decreto Legislativo N° 276 o 728.

- 2.16 En esa misma línea argumentativa, es preciso indicar que el Tribunal Constitucional, supremo interprete de la Constitución Política, en la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, el mismo que establece criterios vinculantes en materia de reposición judicial de servidores públicos, instaura asimismo un conjunto de reglas jurisprudenciales sobre asuntos de relevancia constitucional relacionados con la interpretación de las disposiciones constitucionales relativas a la función pública, indicando que de la interpretación de dichas disposiciones se desprenden diversos contenidos de relevancia, entre estos el *Acceso a la función pública en condiciones de igualdad*.
- 2.17 En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce que los contenidos del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, son los siguientes: i) acceder o ingresar a la función pública; ii) ejercerla plenamente; iii) ascender en la función pública; y iv) condiciones iguales de acceso, recogiendo asimismo el criterio en virtud del cual el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el mérito, el cual vincula plenamente al Estado y a toda entidad pública en general, agregando que *"Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas."*

Respecto a las restricciones presupuestales para el nombramiento en el sector público

- 2.18 Por su parte, el artículo 8 de la Ley N° 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018, referido a las medidas en materia de personal, así como las leyes presupuestales de





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 Diálogo y la Reconciliación Nacional"

años anteriores², prohíbe el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo las excepciones que dicha norma establece; aplicándose esta prohibición a toda contratación de personal para la Administración Pública, sea a través del régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o del régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728).

- 2.19 Por lo tanto, las entidades públicas requieren de una norma con rango de ley que las habilite expresamente para efectuar el nombramiento de su personal; de lo contrario, el ingreso a la carrera administrativa contraviniendo lo dispuesto en las leyes de presupuesto sería nulo.

Sobre el cumplimiento de mandatos judiciales

- 2.20 Es menester recordar que el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa³.

- 2.21 De dicha disposición se derivan al menos tres consecuencias:

- a) La primera es que la entidad vinculada por una resolución judicial debe efectuar todas las gestiones que sean necesarias para darle estricto cumplimiento, evitando cualquier retraso en su ejecución, y sin hacer calificación alguna que pudiese restringir sus efectos, incurriendo en responsabilidad en caso de infringir dichas reglas.
- b) La segunda, derivada de la anterior, es que SERVIR, aun siendo el órgano rector del sistema administrativo de gestión de recursos humanos del Estado, no puede emitir opinión sobre el contenido de una sentencia judicial.
- c) La tercera, es que el incumplimiento de un mandato judicial acarrea responsabilidad civil, penal o administrativa de los funcionarios o servidores que incumplan o retarden su ejecución. Dicha responsabilidad se identificará en cada caso concreto.

- 2.22 Siendo así, la entidad tiene la obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto por el Poder Judicial, no pudiendo modificar ningún extremo de lo señalado en el mandato, así como tampoco puede retardar su cumplimiento, dado que ello generará, según corresponda, responsabilidad civil, penal o administrativa del funcionario o servidor encargado de dar cumplimiento dicho mandato.

III. Conclusiones

- 3.1 SERVIR absuelve consultas 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; por lo tanto, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentre el constituirse en una instancia previa a la adopción de decisiones individuales en cada entidad.

² Leyes de Presupuesto del Sector Público del 2010 al 2017:

Ley N° 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2010, artículo 9.

Ley N° 29626, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2011, artículo 9.

Ley N° 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2012, artículo 8.

Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2013, artículo 8.

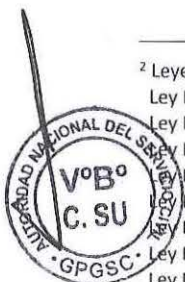
Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2014, artículo 8.

Ley N° 30281, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2015, artículo 8.

Ley N° 30372, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2016, artículo 8.

Ley N° 30518, Ley de Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2017, artículo 8.

³ Artículo 4 del T.U.O de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado con Decreto Supremo N° 017-93-JUS.





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 Diálogo y la Reconciliación Nacional"

- 3.2 El ingreso de personal en la Administración Pública se efectúa mediante concurso público de méritos, debiendo ceñirse a los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y publicidad; y, el ingreso se efectúa cuando se cuente con la plaza presupuestada, dado que la inobservancia de los mismos genera la nulidad de dicho proceso.
- 3.3 La incorporación de servidores civiles del régimen CAS al régimen del Decreto Legislativo N° 276 o 728 no es legalmente factible. Nuestro ordenamiento contempla normas imperativas de observancia obligatoria que consagrando la meritocracia en el sector público establecen que el ingreso al servicio civil se efectúa necesariamente vía concurso público de méritos, con sujeción a los respectivos documentos de gestión de cada entidad y a la certificación presupuestaria correspondiente.
- 3.4 El artículo 62 de la Constitución Política del Perú establece que los términos contractuales de una prestación de servicios no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de otra naturaleza.
- 3.5 La Ley de Presupuesto para el Sector Público del año fiscal 2018, así como las leyes presupuestales de años anteriores, prohíbe el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento sea a través del régimen laboral público (Decreto Legislativo N° 276) o del régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728), salvo las excepciones que dichas normas establece; aplicándose esta prohibición a toda contratación de personal para la Administración Pública.
- 3.6 Las entidades públicas requieren de una norma con rango de ley que las habilite expresamente a efectuar el nombramiento del personal, caso contrario sería nulo el ingreso a la carrera administrativa que vulnere las leyes presupuestales.
- 3.7 Las entidades tienen la obligación de dar cumplimiento a los mandados judiciales, no pudiendo modificar ninguno de sus extremos, así como tampoco pueden retardar su cumplimiento, dado que ello generará, según corresponda, responsabilidad civil, penal o administrativa del funcionario o servidor encargado de dar cumplimiento dicho mandato.

Atentamente,

CYNTHIA SULAY
Gerente (a) de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL *

CSL/abs/ccg

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2018

