



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° 8910 -2018-SERVIR/GPGSC

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

Asunto : Sobre la contratación bajo modalidad prevista en el Decreto Legislativo N° 728

Referencia : Oficio N° 0253-2018-GRL/SGRA-ORH

Fecha : Lima,
07 JUN. 2018

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Oficina de Recursos Humanos del Gobierno Regional de Lima consulta a SERVIR lo siguiente: un colaborador contratado bajo modalidad de contrato a plazo fijo (Decreto Legislativo N° 728) por tres (03) años tiene el derecho de ser considerado bajo la modalidad de contratado indeterminado (Decreto Legislativo N° 728) más si su contratación modal no fue previo concurso público de méritos, para la cobertura de la plaza.

II. Análisis

De las competencias de SERVIR

- 2.1 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 del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Delimitación de la consulta

- 2.3 Respecto a la opinión legal solicitada, precisamos que estará referida al marco legal sobre la contratación a plazo fijo prevista en el Decreto Legislativo N° 728 en el sector público, sin hacer alusión algún caso específico, dado que SERVIR como ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, no se constituye en instancia previa a la toma de decisiones de las entidades de la Administración Pública, ni se pronuncia sobre situaciones particulares.





“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

Aspectos generales sobre acceso al empleo público

- 2.4 Es preciso señalar que, en el Sector Público coexisten diversos regímenes de vinculación¹, uno de los cuales es la actividad privada; que opera en las entidades a las que expresamente una norma ha atribuido dicho régimen de vinculación para su personal.
- 2.5 En las entidades, dicho régimen se aplica al personal comprendido pero con ciertos matices, ello debido a que se trata de una relación de empleo público (es decir, sometido al régimen estatutario) donde las partes involucradas son, de un lado, funcionarios o servidores públicos, y de otro, las entidades públicas actuando como empleadores².
- 2.6 Por lo expuesto, debe tenerse en cuenta que los servidores públicos sujetos al régimen de la actividad privada se les aplica las disposiciones de carácter general (Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, por ejemplo) o aplicación transversal existentes en el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, como la Ley Marco del Empleo Público, la Ley del Código de Ética de la Función Pública, la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley del Servicio Civil, entre otras.
- 2.7 En este sentido, el acceso al servicio civil, indistintamente del régimen laboral (Decretos Legislativos N° 276, 728, 1057 o carreras especiales), se realiza necesariamente por concurso público de méritos en un régimen de igualdad de oportunidades, de acuerdo con los principios de mérito y la capacidad de las personas.
- 2.8 La exigencia legal del ingreso a la Administración Pública mediante concurso público de méritos está establecida por mandatos imperativos de observancia obligatoria, los cuales son: i) artículo 5 de la Ley N° 28175³, Ley Marco del Empleo Público; ii) artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023⁴, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil; y

¹ Al respecto, la reforma del Servicio Civil como política de Estado tiene como marco normativo a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante LSC), cuyo objeto es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de éstas. En esta línea, la reforma del Servicio Civil está orientada a que las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran. (Informe Técnico N° 056-2016-SERVIR/GPGSC, disponible en: www.servir.gob.pe).

El literal i) del artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM y vigente desde el 14 de junio de 2014, señala que la expresión servidor civil está referida a los servidores del régimen de la Ley del Servicio Civil organizados en los siguientes grupos: funcionario público, directivo público, servidor civil de carrera y servidor de actividades complementarias

³ Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público
“Artículo 5°.- Acceso al empleo público

El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.”

⁴ Decreto Legislativo N° 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos
Título Preliminar





“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

iii) literal c) del numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley N° 30518⁵, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018.

2.9 Cabe anotar que el artículo 9 de la 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.

Sobre los contratos sujetos a modalidad regulados en el Decreto Legislativo N° 728

2.10 Sobre el punto, el primer párrafo del artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante “TUO de la LPCL”) prevé que: *“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.”*; no obstante, se permite pactar contratos a plazo fijo a los cuales denomina contratos “sujetos a modalidad”.

2.11 Ahora bien, el artículo 53 del “TUO de la LPCL” establece las situaciones en las que puede recurrirse a la contratación modal, disponiendo que los contratos de este tipo pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza pueden ser permanentes.

2.12 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la contratación modal en la legislación nacional. En la resolución recaída en el expediente N° 1397-2001-AA, se ha sostenido que:

“El régimen laboral peruano se sustenta, entre otros criterios, en el llamado principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen. En tal sentido, hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de aquella que pueda tener una duración determinada.

Dentro de dicho contexto, los contratos sujetos a modalidad tienen, por su propia naturaleza, un carácter excepcional, y proceden únicamente cuando su objeto lo constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la



“Artículo IV.- El ingreso al servicio civil permanente o temporal se realiza mediante procesos de selección transparentes sobre la base de criterios objetivos, atendiendo al principio del mérito.”

⁵ Ley N° 30693, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2018

“Artículo 8°.- Medidas en materia de personal

8.1 Prohíbese el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo en los supuestos siguientes:

(...)

c) La contratación para el reemplazo por cese, para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, o para el ascenso o promoción del personal, en tanto se implemente la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda. (...).”



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”

conurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar (...) ”

- 2.13 En relación a los requisitos para su celebración, el artículo 72 del “TUO de la LPCL”, prevé que: *“Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.”*⁶.
- 2.14 Además, el artículo 77 del “TUO de la LPCL”, prevé los supuestos que generan la desnaturalización de los contratos a plazo fijo, estableciendo que los contratos modales se consideran a duración indeterminada cuando: a) El trabajador continua laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido; b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación; c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando; ó d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.
- 2.15 De otro lado, cabe anotar que el Tribunal Constitucional en el precedente de observancia obligatoria recaído en la Sentencia del expediente N° 05057-2013-PA/TC (Caso Rosalía Huatucu Huatucu) en relación a los artículos 4 y 77 del “TUO de la LPCL”, ha señalado que los mismos deben ser interpretados en concordancia con el artículo 5 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público que privilegia la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional), por lo que el ingreso a la Administración Pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente lo siguiente:
- a) La definición de una plaza o vacante de duración indeterminada.
 - b) La necesidad de que dicha plaza esté debidamente presupuestada.
 - c) La realización previa de un concurso público de méritos, para la cobertura de dicha plaza.
- 2.16 En consecuencia, la desnaturalización de los contratos modales ocurre cuando se configura cualesquiera de los supuestos establecidos en el artículo 77 del “TUO de la LPCL” (quiebre del principio de causalidad), originando una relación laboral a plazo indeterminado; sin embargo, el Tribunal Constitucional en el precedente de observación obligatoria señalado en el numeral precedente ha establecido que los artículos 4 y 77 del “TUO de la LPCL” deben ser interpretados en concordancia con el artículo 5 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público que privilegia la meritocracia.



⁶ Cabe precisar que el artículo 73 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1246, señala que: *“La Autoridad Administrativa de Trabajo podrá ordenar la verificación de los requisitos formales a que se refiere el artículo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 77, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido.”*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

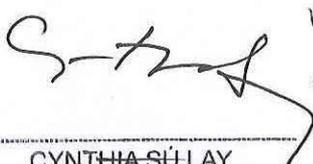
Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

III. Conclusiones

- 3.1 El acceso al servicio civil, indistintamente del régimen laboral (Decretos Legislativos N° 276, 728, 1057 o carreras especiales), se realiza necesariamente por concurso público de méritos en un régimen de igualdad de oportunidades, de acuerdo con los principios de mérito y la capacidad de las personas.
- 3.2 De acuerdo al artículo 4 del “TUO de la LPCL” el contrato de trabajo es a plazo indeterminado, pudiéndose celebrar contratos a plazo fijo o modales cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza pueden ser permanentes.
- 3.3 La desnaturalización de los contratos modales ocurre cuando se configura cualesquiera de los supuestos establecidos en el artículo 77 del “TUO de la LPCL” (quiebre del principio de causalidad); no obstante, el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante 05057-2013-PA/TC (Caso Rosalía Huatuco Huatuco) ha establecido que los artículos 4 y 77 del “TUO de la LPCL” deben ser interpretados en concordancia con el artículo 5 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público que privilegia la meritocracia.

Atentamente,



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

CSL/abs/ova

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

