"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la consolidación del Mar de Grau"

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
PRESIDENCIA EJECUTIVA
FECHA 26 JUL. 2016 HORA .....
RECIBIDO
Firma: .....

INFORME TÉCNICO N°1428-2016-SERVIR/GPGSC

A : JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN
Presidente Ejecutivo

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

Asunto : Opinión legal sobre el contrato de locación de servicios

Referencia : Escrito con registro Nº 0038658-2014

Fecha : Lima, 26 JUL. 2016

---

## I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, consulta a SERVIR lo siguiente:

1. ¿Cuáles son los derechos adquiridos por un empleado público de un gobierno local, cuando por más de un año ha realizado labores de carácter permanente, y a la vez haber sido contratado bajo la modalidad de locación de servicios?

2. Si las labores de carácter permanente y el puesto de un empleado público están definidos en los instrumentos normativos (MOF-ROF) ¿pueden ser considerados como locadores de servicios?

3. Los empleados públicos contratados bajo la modalidad de locación de servicios por más de un año ¿pueden ser despedidos simplemente con un simple memorándum a pesar de haber sido designado mediante una resolución de alcaldía?

4. Si un empleado público que venía ejerciendo funciones permanentes en una municipalidad considera que ha sido cesado sin previo proceso disciplinario ¿Cuál es el procedimiento para seguir laborando en la entidad?

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° GPGSC

## II. Análisis

### Competencia 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 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 Técnico no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.**

Del acceso a la Administración Pública

2.3 El acceso al servicio civil, indistintamente del régimen laboral (Decreto Legislativo 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; **con excepción de los puestos de confianza**, conforme a los documentos de gestión interna de la entidad (Cuadro para Asignación de Personal – CAP, Manual de Organización y Funciones – MOF o Cuadro de Puestos de la entidad CPE), para los cuales no se exige dicho proceso de selección.

2.4 En efecto, la exigencia legal del ingreso a la Administración Pública mediante concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos está establecida por mandatos imperativos de observancia obligatoria, los cuales son: i) artículo 5° de la Ley N° 28175[1], Ley Marco del Empleo Público; ii) artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023[2], que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil; y iii) literal d) del numeral 8.1 del artículo 8° de la Ley N° 30372[3], Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016.

2.5 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.

---

[1] 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."

[2] Decreto Legislativo N° 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos
Título Preliminar
"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."

[3] Ley N° 30372, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2016
"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:
(...)
d) La contratación para el reemplazo por cese, ascenso o promoción del personal, o para la suplencia temporal de los servidores del sector público, en tanto se implemente la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda. En el caso de los reemplazos por cese del personal, éste comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2013, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujeto a los documentos de gestión respectivos. (...)".

2.6 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.

2.7 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 tu titular.

Sobre los contratos de locación de servicios

2.8 Las personas que brindan servicios al Estado bajo la modalidad de servicios no personales, es decir como locadores de servicio, no están subordinados al Estado, sino que prestan sus servicios bajo las reglas del código civil[4] y sus normas complementarias, cuya contratación se efectúa para realizar labores no subordinadas, de manera autónoma por un tiempo determinado a cambio de una retribución, sin que ello implique en modo alguno una vinculación de carácter laboral o estatutaria con el Estado, es decir, se trata de un contrato distinto a los contratos laborales, los cuales sí contemplan beneficios para los trabajadores por existir un vínculo laboral.

2.9 En ese sentido, a los locadores de servicios, en su condición de prestadores de servicios autónomos que se rigen únicamente por el marco normativo del código civil no es legalmente factible extenderles la aplicación de disposiciones exclusivas de un régimen laboral del Estado (como es el del D. L. N° 276 y D. L. Nº 728), debiendo precisarse asimismo que no existe base legal alguna que permita reconocer derechos laborales por las actividades de carácter civil.

2.10 En esa misma línea, siendo la vocación del proceso de reforma del servicio civil consolidar una sola forma de prestación de servicios bajo un régimen único al servicio del Estado, cabe destacar que el Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, establece en su Sexta Disposición Complementaria Final que las entidades *sólo pueden contratar a personas naturales bajo la figura de locación de servicios prevista en el artículo 1764[5] del código civil y sus normas complementarias, para realizar labores no subordinadas, bajo responsabilidad del titular.*

2.11 Por tanto, las personas que brindan servicios a la Administración Pública bajo las reglas del artículo 1764º del Código Civil, prestan sus servicios a éste de manera independiente, por un determinado tiempo a cambio de una retribución, sin que ello implique una

[4] Artículos: 1756º, literal a), 1764º, 1765º, 1766º, 1767º, 1768, 1769º, 1770º.

[5] *Locación de Servicios. Definición*
*Artículo 1764.- Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.*

vinculación y reconocimiento de derechos de naturaleza laboral o estatutaria con el mismo.

**De la aplicación del precedente vinculante de la Sentencia del Tribunal Constitucional del "Caso Huatuco"**

2.12 En principio, debemos indicar que el 05 de junio del 2015 el Tribunal Constitucional publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC "Caso Huatuco", en el cual se establece como **precedente vinculante** las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 de dicha sentencia.

2.13 Siendo así, el Tribunal Constitucional en los fundamentos 18 y 21 de la referida sentencia, establece lo siguiente:

> *"18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículo 27 y 22 de la Constitución, **el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado**, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo N° 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. **Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público** y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado."* (Énfasis nuestro)
>
> *"21. En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o reposición a la administración pública sólo procede cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional."*

Al respecto, dichos fundamentos derivan de que el Tribunal Constitucional ha considerado que el ingreso del personal con vínculo laboral indeterminado, en la Administración Pública, necesariamente ha de efectuarse a partir de criterios estrictamente meritocráticos, a través de un concurso público y abierto.

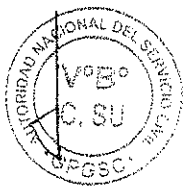
2.14 De este modo, el Tribunal Constitucional ha establecido que existen suficientes y justificadas razones para determinar como regla general que el ingreso a la Administración Pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente lo siguiente:

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.

2.15 En el mismo sentido, en el Auto Aclaratorio del Precedente vinculante "Huatuco" de fecha 7 de julio de 2015 emitido por el mismo Tribunal Constitucional, citando el expediente N° 00002-2010-PI/TC, fundamento 30, se estableció que: *"(...) que para ingresar al sector público, tanto en el régimen laboral público como en el privado, resulta necesario no solo la existencia de una plaza vacante, que debe encontrarse previamente presupuestada, sino además que no exista impedimento para que aquella sea cubierta a través del mecanismo idóneo para tal efecto". En el punto resolutivo 4 de dicho expediente se dispuso lo siguiente: "De conformidad con los artículos 81° y 82° del Código Procesal Constitucional, esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales".*

2.16 Por tanto, en el **ámbito de la Administración Pública, el ingreso de nuevo personal** o la "reincorporación" por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, **en una entidad del Estado, sólo podrá darse si se cumplen las condiciones señaladas anteriormente**, 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).

2.17 Cabe indicar que el precedente vinculante materia de consulta es de **aplicación inmediata** a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano", lo cual incluye a los **procesos de amparo que se encuentran en trámite** ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.




En este último supuesto, el Tribunal Constitucional ha señalado que en el caso de un proceso de amparo en el cual el accionante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización correspondiente.

2.18 Por otro lado, se señaló en la sentencia que las **futuras demandas que sean presentadas con posterioridad a la publicación del precedente vinculante referido serán declaradas improcedentes**, siempre que en las mismas no se acredite el haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

## III. Conclusiones

3.1 El ingreso al Servicio Civil, indistintamente del régimen de vinculación, se realiza a través de concurso de méritos, según lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley N° 27851, Ley

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la consolidación del Mar de Grau"

Marco del Empleo Público y al Artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023.

3.2 Las personas que brindan servicios al Estado como locadores de servicio, no están subordinados al Estado, sino que prestan sus servicios bajo las reglas del artículo 1764º, cuya contratación se efectúa para realizar labores no subordinadas, de manera autónoma por un tiempo determinado a cambio de una retribución, sin que ello implique una vinculación y reconocimiento de naturaleza laboral o estatutaria con el mismo.

3.3 El precedente vinculante del Tribunal Constitucional contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC "Caso Huatuco" determina como regla general que el ingreso a la Administración Pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente: (i) la definición de una plaza o vacante de duración indeterminada, (ii) la necesidad de que dicha plaza esté debidamente presupuestada, (iii) la realización previa de un concurso público de méritos, para la cobertura de dicha plaza.

3.4 El Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, como parte del proceso de la reforma del servicio civil, establece en su Sexta Disposición Complementaria Final que las entidades sólo pueden contratar a personas naturales bajo la figura de locación de servicios prevista en el artículo 1764° del código civil y sus normas complementarias, para realizar labores no subordinadas, bajo responsabilidad del titular.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de oficio respectivo.

Atentamente,

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

CSL/jjm/bah
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2016