



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

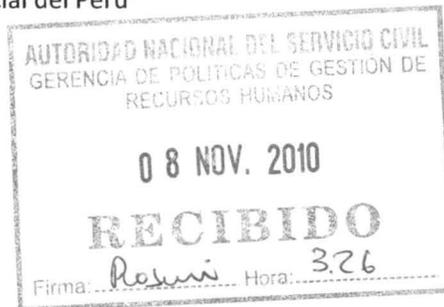
Presidencia
Ejecutiva

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

Lima, 08 NOV 2010

OFICIO N° 617 -2010-SERVIR/PE

Señora
ANA SILVIA HERRERA SARMIENTO
Gerente de la Unidad Administrativa
Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF
Presente.-



Asunto : Consulta sobre contratación de personal por suplencia

Referencia : Oficio N° 334-2010/INABIF-UA

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual formula consulta en torno a la contratación de personal bajo la modalidad de suplencia.

Al respecto, le remito el Informe Legal N° 405-2010-SERVIR/GG-OAJ, de la Oficina de Asesoría Jurídica de esta entidad, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

NURIA ESPARCH FERNANDEZ
Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL



NEF/JAG/MMC/apv/jdv
Reg. N° 11728-2010

www.servir.gob.pe

Pasaje Francisco de Zela 150
Piso 10, Jesús María
Lima 11, Perú
T: 51-1-2063370



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

INFORME LEGAL N° 405-2010-SERVIR/GG-OAJ

A : **JORGE ARRUNÁTEGUI GADEA**
Gerente (e) de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

De : **MANUEL MESONES CASTELO**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

Referencia : a) Oficios N° 303 y 334-2010/INABIF-UA
b) Oficio N° 406-2010-MIMDES/OGRH

Descriptor : a) Competencia de SERVIR
b) Proceso de ejecución de beneficios creados por la Ley N° 27803
c) Disposición de las plazas reservadas por las entidades para la ejecución del beneficio de reincorporación o reubicación
d) Contrato de trabajo en la modalidad de suplencia

Fecha : Lima, **04 NOV 2010**

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación a los documentos de la referencia, mediante los cuales el Gerente de la Unidad Administrativa del Programa Integral Nacional para el Bienestar Familiar - INABIF, solicita a SERVIR la atención a varias consultas relacionadas con la contratación de servidores bajo la modalidad de suplencia.

I ANTECEDENTES

1.1. A través de los documentos de la referencia, el INABIF señala que, en atención al proceso de ejecución de beneficios de la Ley N° 27803, reservó determinadas plazas de su Presupuesto Analítico de Personal (PAP) para aquellas personas que podrían acogerse al beneficio de la reincorporación o reubicación laboral, creado por dicha ley. Refiere que durante el tiempo que estas plazas estuvieron reservadas, fueron cubiertas por otras personas, contratadas por la entidad bajo la modalidad de suplencia.

Considerando que el personal del INABIF está comprendido en el régimen laboral de la actividad privada, que el proceso de ejecución de beneficios de la Ley N° 27803 culminó con la dación de la Resolución Ministerial N° 089-2010-TR y que, en virtud de ello, las plazas señaladas han sido liberadas, el INABIF formula las siguientes consultas:

- a) *¿Los contratos de suplencia deben ser resueltos por la entidad, a efectos de que las plazas sean cubiertas por concurso público?*
- b) *¿La entidad puede modificar de manera directa, esto es, sin que medie concurso público de méritos, la modalidad de contratación de las personas*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

contratadas por suplencia, convirtiendo sus contratos modales en contratos de duración indeterminada?

c) *¿Qué modalidad de contrato laboral (fijo o indeterminado) debe escoger la entidad en reemplazo de los contratos de suplencia?*

- 1.2. El literal h) del artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, establece como una de sus funciones emitir opinión técnica sobre las materias de su competencia, las mismas que están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, entre otras, emita de manera progresiva la Autoridad.

II ANÁLISIS

De la 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 y de las relaciones humanas, 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 respectivas competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales en cada entidad.

Es por ello 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 consiguiente, no correspondiendo a SERVIR, a través de una opinión legal, emitir pronunciamiento sobre una situación concreta, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

Del proceso de ejecución de beneficios creados por la Ley N° 27803

- 2.2. Aún cuando la consulta del INABIF tiene incidencia en la gestión de los recursos humanos del Estado, es pertinente señalar que la misma se encuentra vinculada, en cierta medida, al proceso de implementación y ejecución de los beneficios creados por la Ley N° 27803, proceso que, de acuerdo al artículo 7º de esta norma, estuvo a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y que concluyó con el informe cuya publicación fue dispuesta en el artículo 2º de la Resolución Ministerial N° 089-2010-TR, expedida por dicho Sector.
- 2.3. Por ello, corresponderá al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo pronunciarse sobre cualquier consulta relacionada con la ejecución de los beneficios del programa extraordinario a que se hace referencia en la Ley N° 27803.



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

De la disposición de las plazas reservadas por las entidades para la implementación del beneficio de reincorporación o reubicación laboral

2.4. Mediante la Resolución Ministerial N° 089-2010-TR, publicada el 02 de abril de 2010, se dio por culminado el proceso de ejecución e implementación de los beneficios creados por la Ley N° 27803 (entre ellos, el beneficio de reincorporación o reubicación laboral), y con él la obligación de reserva de plazas a cargo de las entidades, prevista en la Ley N° 28299, que modificó la Ley N° 27803.

2.5. A partir de este momento, las referidas plazas quedaron liberadas, por lo que, la entidad, si tiene interés en cubrir las, se encuentra facultada a contratar a nuevos trabajadores. No obstante, en el contexto actual, deberá sujetarse a determinadas condiciones y requisitos señalados en el artículo 9° de la Ley N° 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010, que establece lo siguiente:

"Artículo 9°.- Queda prohibido 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 del personal o para suplencia temporal de los servidores del Sector Público, siempre y cuando se cuente con la plaza en su Presupuesto Analítico de Personal (PAP). En el caso de los reemplazos por cese del personal, éste comprende al cese que se hubiese producido a partir del año 2009, debiéndose tomar en cuenta que el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos. En el caso de suplencia de personal, una vez finalizada la labor para la cual fue contratada la persona, los contratos respectivos quedan resueltos automáticamente.

(...)

Para la aplicación de los casos de excepción establecidos en los literales precedentes, es requisito que las plazas a ocupar se encuentren registradas en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público y que cuenten con la respectiva certificación del crédito presupuestario.

Las excepciones al párrafo 9.1 se aprueban mediante decreto supremo y se sujetan a lo dispuesto en el presente artículo y a la normatividad vigente, teniendo en cuenta el Marco Macroeconómico Multianual, y con cargo al presupuesto institucional del pliego respectivo, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, y sin afectar las metas y objetivos de la entidad, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas."

2.6. Conforme a lo expresado, si bien el ingreso de personal al sector público se encuentra prohibido, la contratación de personal para reemplazo por cese (producidos a partir del 2009) o para suplencia temporal, sí se encontrarían permitidos.

No obstante, las entidades deberán obtener previamente un informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, para posteriormente, mediante decreto supremo, autorizar dichas contrataciones.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

Adicionalmente, las entidades deberán cumplir y acreditar que las plazas a ocupar se encuentran registradas en el “Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público” y que cuentan con la respectiva certificación del crédito presupuestario.

- 2.7. De igual manera, los procesos de selección que las entidades desarrollen para dicho fin, deberán sujetarse a las normas de acceso al empleo público previstas en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, así como a aquellas otras establecidas para cada régimen laboral, bajo sanción de nulidad.

Recuérdese que, conforme al artículo 9º de la Ley N° 28175, la inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida, siendo nulo de pleno derecho el acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita.

Del contrato de trabajo en la modalidad de suplencia

- 2.8. Conforme al artículo 61º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, en adelante la LPCL, *“El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que éste sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente (...)”* (El subrayado es nuestro)

Nótese que el objeto de este contrato es sustituir a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido por alguna causa justificada señalada en la ley, esto es, suplir a un trabajador permanente con otro que lo reemplazará en su ausencia.

- 2.9. Debe tenerse presente que la inobservancia de esta característica esencial del contrato de suplencia podría ser considerada como una simulación, al pretenderse encubrir una relación de naturaleza permanente bajo la apariencia de un contrato de naturaleza accidental, como el contrato de suplencia, lo cual podría originar la desnaturalización de este contrato, conforme a lo señalado en el literal d) del artículo 77º de la LPCL:

“Artículo 77.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

(...)

d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.”

- 2.10. Sobre el tema materia de consulta, resulta pertinente comentar, brevemente, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional (TC) recaído en el Expediente N° 0323-2010-PA/TC, el cual, si bien no es precedente de observancia obligatoria, permite prever los efectos que pudiera generar la desnaturalización de un contrato de suplencia.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

En dicho pronunciamiento, el TC declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por un trabajador público –por vulneración de su derecho al trabajo– al haberse comprobado que fue contratado bajo la modalidad de suplencia, a fin de cubrir, de manera temporal, una de las plazas que habían sido reservadas por la entidad con motivo de la ejecución del beneficio de reincorporación o reubicación laboral creado por la Ley N° 27803. El TC constató que el demandante no fue contratado para sustituir a algún trabajador estable de la entidad, acreditándose de esta manera la existencia de simulación en el contrato de suplencia del demandante, lo cual origina su inmediata desnaturalización, conforme a lo señalado en el inciso d) del artículo 77° de la LPCL.

- 2.11. Finalmente, debemos indicar que, en la medida que SERVIR no resuelve casos concretos a través de una opinión legal, corresponderá a la entidad consultante, en atención a las reglas de contratación accidental señaladas, evaluar y sustentar objetivamente si existe o no simulación en los contratos de suplencia que hubiera celebrado y, en base a ello, adoptar las acciones que correspondan.

III CONCLUSIONES

- 3.1. Para el presente ejercicio fiscal, está prohibido el ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, excepto, entre otros supuestos, para la contratación de personal para reemplazo por cese o para suplencia temporal.
- 3.2. Para tales efectos, la entidad deberá sujetarse a determinados lineamientos establecidos en la ley, como que el cese se haya producido a partir del 2009, que la plaza se encuentre vacante y presupuestada, que se cuente con informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, que la contratación sea aprobada por decreto supremo y que el ingreso del nuevo trabajador se lleve a cabo mediante concurso público de méritos.
- 3.3. El proceso de selección que la entidad desarrolle para dicho fin, debe sujetarse además a las normas de acceso al empleo público previstas en la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, así como a aquellas establecidas para cada régimen laboral, bajo sanción de nulidad.
- 3.4. El contrato accidental de suplencia es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que éste sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente. La inobservancia de esta característica esencial del contrato de suplencia podría ser considerada como una simulación, lo cual originaría su desnaturalización.
- 3.5. Atendiendo a las reglas de contratación accidental señaladas, cada entidad es responsable de evaluar y sustentar objetivamente si existe o no simulación en los contratos de suplencia que hubiera celebrado y, en base a ello, adoptar las acciones que correspondan.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el correspondiente proyecto de oficio para vuestra visación, de encontrarlo conforme, y trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,



MANUEL MESONES CASTELO
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

OAJ/MMC/apv/jdv
c/jdedios/2010/Informes Legales/inabif - cobertura de plazas vacantes (2)