



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, 20 SEP 2010

OFICIO N° 492 -2010-SERVIR/PE

Señor

ROGER DÍAZ ALARCÓN

Director Nacional del Presupuesto Público

Ministerio de Economía y Finanzas

Jr. Junín N° 319 - Lima

Presente.-



Referencia : Oficio N° 052-2010-EF/76.10

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, remitido en copia a la Autoridad Nacional del Servicio Civil, mediante el cual recomienda que SERVIR, emita pronunciamiento sobre el nombramiento con retroactividad así como el reconocimiento de años de servicios como contratado por servicios personales, efectuados por el órgano competente del Gobierno Regional del Departamento de Madre de Dios.

Al respecto, adjunto al presente el Informe Legal N° 278-2010-SERVIR/GG-OAJ de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos, en virtud del cual se atiende su solicitud.

Sin otro particular quedo de usted.

Atentamente,


NURIA ESPARCH FERNANDEZ
Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL

Reg. 1149-2010

JCC/BRC/MMC

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° 278-2010-SERVIR/GG-OAJ

A : **BEATRIZ ROBLES CAHUAS**
Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

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

Asunto : Consulta sobre aumento de transferencia de CAFAE debido al nombramiento de personal en el Gobierno Regional de Madre de Dios

Referencia : Oficio N° 052-2010-EF/76.10

Descriptor : Nombramiento de personal

Fecha : Lima, **15 SEP 2010**

Me dirijo a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual el Director Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, a propósito de la comunicación del Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional del Departamento de Madre de Dios, recomienda que la Autoridad Nacional del Servicio Civil, emita pronunciamiento sobre el nombramiento con retroactividad así como el reconocimiento de años de servicios como contratado por servicios personales, efectuados por el órgano competente del mencionado Gobierno Regional. Sobre el particular, manifiesto lo siguiente:

I. Antecedentes y Base Legal

1.1 De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, éstos son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia.

En cuanto a la competencia, conforme el artículo 45 de la Ley N° 27867, los Gobiernos Regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales.



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

Las Funciones Generales son ejercidas con sujeción al ordenamiento jurídico establecido por la Constitución, la Ley de Bases de la Descentralización y demás leyes de la República, específicamente la referida a la función administrativa y ejecutora, se ejerce con arreglo a los sistemas administrativos nacionales.

- 1.2 De otro lado, la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo en su artículo 43 define a los Sistemas como los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requieren ser realizadas por todas o varias entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Constitucionales y los niveles de Gobierno.
- 1.3 El literal h) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1023 – Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, establece como una de sus funciones, opinar sobre las materias de su competencia; las cuales están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, entre otras, emita de manera progresiva SERVIR.



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, entre otras, emita de manera progresiva SERVIR.

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 de 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 de la presente opinión no se encuentran vinculadas a situación particular alguna.

Del nombramiento de personal

- 2.2 Cabe mencionar que la Ley N° 29289 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009¹, estableció lo siguiente:

¹ Vigente hasta el 31 de diciembre de 2009.



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

"Artículo 8.- Medidas en materia de personal"

8.1 *Queda prohibido el ingreso de personal por servicios personales y el nombramiento, salvo en los siguientes supuestos:*

(...)h) El nombramiento de personal contratado en entidades del Sector Público, que a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley ocupen plaza presupuestal vacante bajo la modalidad de servicios personales y reúnan los requisitos establecidos en las leyes de carrera correspondientes.(...)"

- 2.3 Respecto de los requisitos, se debe tener en cuenta que el Decreto Legislativo N° 276 expresamente señala que no están comprendidos en la Carrera Administrativa² los servidores públicos contratados pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable.

Asimismo, es necesario precisar que de acuerdo con lo establecido en el literal d) del artículo 12³ concordado con el artículo 13⁴ del Decreto Legislativo N° 276, el ingreso a la carrera administrativa se realiza mediante concurso público y al nivel inicial de cada grupo ocupacional. En el mismo sentido se encuentra redactado el artículo 28 del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM, cuando menciona que el ingreso a la Administración Pública se realiza obligatoriamente por concurso, siendo nulo todo acto que contravenga lo dispuesto.

- 2.4 Refuerza lo expresado precedentemente, lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 276 cuando establece que el servidor contratado puede ser incorporado al régimen de carrera, por voluntad de la entidad o por desnaturalización del vínculo por exceso de plazo, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa.

En efecto, el artículo 40° del Reglamento de la Carrera Administrativa establece que el servidor contratado puede ser incorporado a la Carrera Administrativa mediante nombramiento, por el primer nivel del grupo ocupacional para el cual concursó, en caso de existir plaza vacante y de contar previamente con evaluación

² Entendiéndose por Carrera Administrativa el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos, que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.

³ "Artículo 12.- Son requisitos para el ingreso a la Carrera Administrativa:(...)
d) **Presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión;** y (...)"

⁴ "Artículo 13.- El ingreso a la Carrera Administrativa será por el nivel inicial de cada grupo ocupacional. Las vacantes se establecen en el presupuesto de cada entidad"



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

favorable sobre su desempeño laboral, después del primer año de servicios ininterrumpidos.

El mismo artículo 40º dispone que, vencido el plazo máximo de contratación, tres (3) años, la incorporación del servidor a la Carrera Administrativa constituye el derecho reconocido, siempre que éste cuente con evaluación favorable sobre su desempeño. En ese supuesto, la entidad deberá gestionar la provisión y cobertura de la plaza correspondiente; al haber quedado demostrada su necesidad.

2.5 En ese orden de ideas, para efectuar el nombramiento, el artículo 40º del Reglamento de la Carrera Administrativa prevé dos posibilidades:



- i) Como facultad exclusiva de la entidad, si es que el personal ha prestado servicios como contratado por mínimo un año ininterrumpido y se cumple con el procedimiento previsto en el Decreto Legislativo N° 276, Decreto Supremo N° 005-90-PCM y las condiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 017-96-PCM; ó
- ii) El trabajador adquiere el derecho a ser nombrado al haber transcurrido tres años de servicios ininterrumpidos, siempre que se cumpla con el procedimiento previsto en el Decreto Legislativo N° 276, Decreto Supremo N° 005-90-PCM y las condiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 017-96-PCM.

Cabe precisar que, lo expresado en el artículo 40º antes indicado debe ser interpretado de manera sistemática con el artículo 28º del Reglamento de la Carrera Administrativa, en el sentido que si el servidor contratado para realizar labores de naturaleza permanente ingresó a la entidad por concurso, ya no es necesario que se realice un nuevo concurso para su incorporación a la carrera administrativa en el primer nivel del grupo ocupacional al que concursó, de lo contrario, es requisito sine qua non para el ingreso a la carrera administrativa, haber aprobado el concurso e ingresar a la misma por el primer nivel del grupo ocupacional a la cual postuló el servidor contratado para labores de naturaleza permanente.

En este punto, es importante señalar que el nivel remunerativo alcanzado por los servidores contratados debe ser respetado, esto es que la diferencia de remuneraciones que pudiera resultar a favor del servidor, se abonará en forma complementaria al haber correspondiente, conforme lo establecido por el artículo 40 del Reglamento de la Carrera Administrativa.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el referido artículo, señala que el ingreso a la Carrera Administrativa, supone el reconocimiento del tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos.



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

- 2.6 En ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto en el literal h) del numeral 8.1 del artículo 8º de la Ley Nº 29289, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009, hasta el 31 de diciembre del año próximo pasado, las entidades de la administración pública se encontraban facultadas para efectuar los nombramientos, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en las leyes de carrera correspondientes, deviniendo en nulo los actos que contravengan lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 276 y su Reglamento.
- 2.7 Respecto a la retroactividad del nombramiento, debe tenerse en cuenta los siguientes dispositivos.

En primer lugar debe considerarse que las normas que regulan el régimen estatutario (Decreto Legislativo Nº 276 así como su Reglamento), han establecido expresamente que la entidad ante el ingreso a la carrera administrativa de un servidor contratado, éstos tienen el derecho a que se les reconozca sus años de servicios en calidad de contratado.

En efecto, tanto el artículo 15 del Decreto Legislativo Nº 276 como el artículo 40 del Reglamento de la Carrera Administrativa, señalan que el ingreso a la carrera administrativa de un servidor contratado supone el reconocimiento del tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos.

De otro lado, cabe citar el artículo 17 de la Ley Nº 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que literalmente señala:

"Artículo 17.- Eficacia anticipada del acto administrativo

17.1 La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros y que existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción.

17.2 También tienen eficacia anticipada la declaratoria de nulidad y los actos que se dicten en enmienda". (subrayado agregado)

Del mencionado artículo se desprende que la Ley excepcionalmente ha considerado la retroactividad de un acto administrativo, pero condicionado al cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos:

- a) Que el acto sea favorable a los administrados.





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

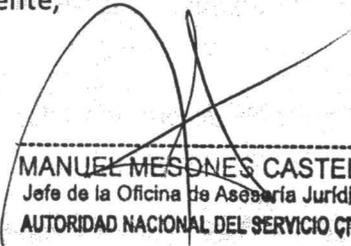
- b) Que el acto no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros.
- c) Que el supuesto de hecho justificativo de la dación del acto exista a la fecha en la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto.

III. Conclusiones

- 3.1 De acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 29289, hasta el 31 de diciembre del año próximo pasado, y vigente hasta dicha fecha, las entidades de la administración pública se encontraban facultadas para efectuar los nombramientos, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en las leyes de carrera correspondientes.
- 3.2 El ingreso a la Carrera Administrativa se produce mediante concurso y siempre al primer nivel del grupo ocupacional al que postula.
- 3.3 Conforme lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo N° 276 así como por el artículo 40 del Reglamento de la Carrera Administrativa, el ingreso a la carrera administrativa de un servidor contratado supone el reconocimiento del tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos.
- 3.4 La Ley N° 27444, excepcionalmente, establece que algunos actos tengan eficacia retroactiva, sujeta al cumplimiento sine qua non de los requisitos; i) Que el acto sea favorable a los administrados, ii) Que el acto no lesione derechos fundamentales o intereses de buena fe legalmente protegidos a terceros; y iii) Que el supuesto de hecho justificativo de la dación del acto exista a la fecha en la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto.

Finalmente, remito para su consideración el proyecto de Oficio de respuesta respectivo para vuestra visación y de estimarlo pertinente, trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,


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