



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"

CARGO

INFORME LEGAL N° 205 -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 : Opinión sobre contratación de personal a plazo indeterminado

Referencia : a) Oficio N° 375-2010-MTC/20
b) Oficio N° 733-2010-MTC/20
c) Oficio N° 1108-2010-MTC/20

Descriptorios : a) Competencia de SERVIR
b) Reglas sobre contratación temporal
c) Reglas sobre acceso al empleo público

Fecha : Lima, **26 JUL 2010**



Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, por el que el Director Ejecutivo de Provias Nacional solicita opinión sobre la posibilidad de considerar contratos a plazo indeterminado los de aquellas personas que han superado el plazo establecido legalmente y/o desarrollan funciones de carácter permanente en dicha entidad.

Al respecto, expresamos lo siguiente:

I Base legal

1.1. Los artículos 4º, 53º, 74º y 77º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, ordenada en un texto único aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, la LCPL), disponen:

"Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.



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"

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

Artículo 53.- *Los contratos de trabajo sujetos a modalidad 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 puedan ser permanentes.*

Artículo 74.- *Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por periodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.*

En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años.

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

- a) Si 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;*
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley."*

II Análisis

Competencia de SERVIR

- 2.1. Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia de servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, acceso, 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 respectivas competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales en cada entidad.



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

- 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 entre 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 necesariamente a situación particular alguna.
- 2.4. A partir de lo señalado, se puede concluir que no corresponde a SERVIR, a través de una opinión legal, emitir pronunciamiento respecto a la situación concreta de los trabajadores contratados de manera temporal por la entidad consultante.

En esa línea, el presente informe abordará las reglas generales que sobre la contratación modal establece la legislación vigente, las mismas que deben ser tomadas en cuenta para su aplicación caso por caso.

Reglas sobre la contratación a plazo determinado

- 2.5. La doctrina reconoce que la estabilidad laboral tiene dos vertientes: la estabilidad *de salida* y la estabilidad *de entrada*. La estabilidad *de salida* se manifiesta a través de las reglas que prohíben los despidos arbitrarios (negándoles efectos o atribuyéndoles determinadas consecuencias indemnizatorias); y la *de entrada*, en la preferencia de la contratación permanente sobre la temporal.¹
- 2.6. La legislación nacional recoge ambas manifestaciones. Con relación a la primera, de relevancia para el presente análisis, establece que en toda prestación personal de servicios subordinados y remunerados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, y en esa línea permite la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad, pero sujetándolos a determinadas condiciones sustanciales y formales.
- 2.7. Dichas limitaciones consisten, fundamentalmente, en la necesidad de existencia de una causa que justifique la celebración de los contratos, en el establecimiento de un plazo límite para ellos, en la exigencia de forma escrita y en la de presentación obligatoria ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos de conocimiento, registro y posible verificación posterior.

¹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p.p. 44 y 45.



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

- 2.8. El Tribunal Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la connotación de los contratos modales en la legislación nacional. En la resolución recaída en el expediente N° 1397-2001-AA, ha sostenido que:

"3. 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 concurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar..."



- 2.9. El artículo 53° 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.

Por su parte, los artículos 72° y 73° de la misma norma establecen que los contratos de trabajo deben 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; y que una copia de ellos debe ser presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince días naturales de su celebración, para efectos de su conocimiento y registro.

- 2.9. Dentro de los plazos tope previstos para cada modalidad contractual, pueden celebrarse contratos por periodos menores, pero que sumados no excedan dichos límites; y, en los casos que corresponda, pueden celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años. Así lo dispone expresamente el artículo 74° de la LPCL.²

² En la Casación N° 1809-2004 LIMA, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema sostuvo que los contratos de trabajo sujetos a modalidad en los que la obra o servicios prestados por el



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

2.10 La vulneración de las reglas establecidas para la contratación temporal, determina la desnaturalización de los contratos celebrados, teniéndose éstos por contratos de duración indefinida. El artículo 77º de la LPCL dispone que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se consideran como de duración indeterminada en las siguientes situaciones:

- a) Si 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;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la ley.

2.11. Como puede verse, la desnaturalización de los contratos modales ocurre cuando se quiebra el principio de causalidad, esto es, cuando se exceden los límites temporales previstos, cuando la circunstancia que motivó la contratación ha desaparecido o cuando haya mediado simulación o fraude a las normas.

Sobre este particular, es importante considerar que en la resolución recaída en el expediente Nº 1874-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha dado un contenido amplio a la última de estas causales.

Para el Tribunal, la "simulación o fraude" se verifica:

"(...) cuando la causa, objeto y/o naturaleza de los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes, y cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo

trabajador sean específicos, se convierten en indeterminados si los periodos laborados por el trabajador exceden los ocho años.

Sin desconocer el valor de este pronunciamiento para el caso concreto en el que fue emitido, opinamos que su sentido es cuestionable, porque a través de él se ha atribuido a los mencionados contratos un límite temporal específico (de 8 años) que no cuenta con norma jurídica que lo ampare (como se ha expresado, el límite general es de 5 años), y ello se ha hecho además sin exponer las razones concretas que podrían sustentar de manera objetiva tal determinación.



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"

sujetos a modalidad, cuya principal característica es la temporalidad (...)"

Así, un contrato suscrito bajo estos supuestos se debe considerar de duración indeterminada, y a partir de allí, cualquier determinación por parte del empleador para la culminación de la relación laboral sólo puede sustentarse en una causa justa establecida por ley; de lo contrario, se trataría de un despido arbitrario.

Observancia de las reglas de acceso a la administración pública

- 2.11. Finalmente, debe señalarse que la celebración de contratos de trabajo en el régimen del Decreto Legislativo N° 728, además de las normas reseñadas, debe necesariamente tener en cuenta las disposiciones que regulan el acceso a la administración pública.

Sobre este particular, merece considerarse, de manera general, la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175 así como el Decreto Legislativo N° 1023 **y las disposiciones presupuestales vigentes en el ejercicio en que se efectúe la contratación.**

La primera norma establece que 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 (artículo 5º); **y que la inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida**, sancionando con nulidad los actos administrativos que las contravengan, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita (artículo 9º).

La segunda, por su parte, establece en el artículo IV de su Título Preliminar que *"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"*.

Para el presente año, la Ley de Presupuesto, Ley N° 29465, entre las medidas en materia de personal previstas en su artículo 9º, establece en literal c) de éste que *"el ingreso a la administración pública se efectúa necesariamente por concurso público de méritos"*.

La excepción al concurso público de méritos es el ingreso a cargos de confianza, donde se puede acceder a una plaza prevista y presupuestada en el CAP de una



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"

entidad, sin que sea necesaria una convocatoria pública y proceso de selección reglado.

Conforme se puede advertir, adicionalmente a las consideraciones estrictamente laborales que hemos señalado en los numerales precedentes, los operadores administrativos deben tener en cuenta que el acceso a una plaza prevista y presupuestada en el Cuadro de Asignación de Personal y el Presupuesto Analítico de Personal de una Entidad Pública, aun en el régimen laboral de la actividad privada, requiere el cumplimiento de la normas de empleo público, servicio civil y persupuestales antes citadas.

III Conclusión

- 3.1. No corresponde a SERVIR emitir opinión sobre la situación contractual de los trabajadores de la entidad consultante.
- 3.2. En término generales, la contratación temporal debe sujetarse a las limitaciones sustanciales y formales establecidas en la legislación, respetando el principio de causalidad a efectos de evitar la desnaturalización de los contratos celebrados.
- 3.3. Sin perjuicio de las conclusiones anteriores, se debe tener en cuenta que las contrataciones de personal deben sujetarse a las disposiciones que regulan el ingreso a la administración y que determinan la existencia de una relación de empleo público válida.

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

MMC/apv

D:/Mis doc/archivos 2010/Informes legales (IL)/IL-Contratación modal-PROVIAS