



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 Bicentenario de la consolidación de nuestra independencia y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

Lima,

INFORME TECNICO N° -2024-SERVIR-GPGSC

A : **BETSY DIANA ROSA ROSALES**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De : **ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS**
Ejecutivo de Soporte y Orientación Legal

Asunto : Sobre el cambio de régimen laboral como materia no negociable

Referencia : Carta N° 00000118-2024GAP-GCGP/ESSALUD

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, la Gerente de la Gerencia Central de Gestión de las Personas del Seguro Social de Salud – EsSalud formula a la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR la siguiente consulta:

En atención a una cláusula de convenio colectivo, ¿resulta factible la emisión de una resolución administrativa que disponga el cambio de régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 al Decreto Legislativo N° 276 de los servidores reincorporados al amparo de las Leyes Nos. 27803¹, 30484², 31218³ y normas complementarias?

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR es un organismo rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado. No es parte de sus competencias el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada entidad.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al 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.

¹ Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes N° 27452 y N° 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las Empresas del Estado sujetas a Procesos de Promoción de la Inversión Privada y en las entidades del Sector Público y Gobiernos Locales. Publicada el 29 de julio de 2002.

² Ley de reactivación de la Comisión Ejecutiva creada por la Ley N° 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las Comisiones creadas por las Leyes N° 27452 y N° 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y en las entidades del sector público y gobiernos locales. Publicada el 06 de julio de 2016.

³ Ley que autoriza la revisión de los casos de extrabajadores que se acogieron al procedimiento previsto por la Ley 30484. Publicada el 18 de junio de 2021.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: ZGEKXKI



- 2.3 Considerando lo señalado, no corresponde a SERVIR –a través de una opinión técnica– emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello, el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.

Delimitación de la consulta

- 2.4 En atención a lo señalado, no corresponde a SERVIR –a través de una opinión técnica como la presente– pronunciarse sobre el contenido, interpretación ni la aplicación de una cláusula específica de un determinado producto negocial, ya que ello corresponde a las partes, quienes pueden acudir a la vía jurisdiccional en caso de controversia; por lo que, el presente informe abordará en general lo relacionado a las materias no negociables en la negociación colectiva regulada por la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal (en adelante, LNCSE), y los Lineamientos para la implementación de la LNCSE, aprobados por Decreto Supremo N° 008-2022-PCM (en adelante, Lineamientos).

Sobre el cambio de régimen laboral como materia no negociable

- 2.5 Respecto a las materias no negociables, es preciso mencionar que el inciso 7.2 del artículo 7 de los Lineamientos regula aspectos relacionados con el principio de competencia, el cual implica el respeto de las competencias constitucionales y legalmente atribuidas a las entidades públicas para el ejercicio de sus potestades, conforme al literal c) del artículo 3 de la LNCSE⁴. En virtud a dicho principio, no son objeto de negociación colectiva (en ninguno de los niveles de negociación) las siguientes materias:

"Artículo 7.- Contenido del Principio de Competencia

(...)

7.2. *Por consiguiente, no son objeto de la negociación colectiva, en ninguno de los niveles señalados en el artículo 5 de la Ley, entre otras, las siguientes materias:*

- a) *La estructura de las entidades del Sector Público.*
- b) *La aprobación, modificación, implementación u otra acción referida a los planes y políticas nacionales y/o sectoriales, de competencia de las entidades del Sector Público.*
- c) *Las atribuciones de dirección, administración y fiscalización de las entidades del Sector Público, incluyendo el ejercicio de la potestad disciplinaria.*
- d) *La aplicación o interpretación de normas de orden público.*
- e) ***La regulación, condiciones para el acceso, meritocracia, capacidad y progresión en la carrera, así como supuestos dirigidos a su exclusión o inaplicación, o la incorporación de beneficios que afecten o desnaturalicen los conceptos propios de cada régimen laboral."***

(Énfasis agregado)

- 2.6 Con relación al acceso al empleo público, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 00013-2021-PI/TC indicó lo siguiente:

*"25. Cabe señalar que el contenido de este derecho [acceso a la función pública] garantiza la participación en la función pública, pero **de conformidad con los requisitos que el legislador ha***

⁴ "Artículo 3. Principios que rigen la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales

(...)

c. *Principio de competencia: Implica el respeto de las competencias constitucionales y legalmente atribuidas a las entidades públicas para el ejercicio de sus potestades.*

(...)"

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: ZGEKXI



determinado. Ahora bien, el derecho de acceder a la función pública tiene como principio consustancial **el principio de mérito**, que vincula plenamente a todas las entidades del Estado.

26. Dicho principio posee dos dimensiones. La primera se manifiesta en la **evaluación del acceso a la función pública** y la segunda funge como un **criterio determinante para la progresión en la carrera**.
27. Esto significa que dicho principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio del acceso por mérito; asimismo, que **toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos respecto al acceso a la función pública**.
28. La aprobación de un concurso público de méritos constituye un indicador de la idoneidad de los servidores públicos, lo que implica un mejoramiento en el desempeño de las entidades estatales y, por tanto, un beneficio para la ciudadanía en general (cfr. Sentencia 00006-2012-PI/TC, fundamento 45).
- (...)
37. **Generalmente se accede al empleo público mediante concurso público de méritos que se haya regido por los principios de igualdad de oportunidades, de meritocracia y de capacidades de las personas (...)**"

(Énfasis agregado)

2.7 Así, por ejemplo, con relación al régimen del Decreto Legislativo N° 276, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC señaló lo siguiente:

"44. (...) Al respecto, el Tribunal Constitucional estima que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador."

2.8 Ahora bien, sobre la reincorporación prevista en el artículo 12 de la Ley N° 27803⁵, SERVIR ha emitido pronunciamiento mediante el Informe Técnico N° 1799-2023-SERVIR-GPGSC⁶ (disponible en www.gob.pe/servir) en el que indica lo siguiente:

"3.2 De acuerdo a la Ley N° 27803 las entidades deben reincorporar a aquellos servidores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente que hayan optado por dicho beneficio, sin embargo, esta acción se encuentra sujeta a la existencia de plazas presupuestadas vacantes que tengan la condición de permanentes y sean del mismo régimen laboral al cual pertenecía el ex trabajador al momento de su cese.

3.3 Por tanto, en caso un ex trabajador haya pertenecido al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 al momento de producirse su cese, y este, en el marco de la Ley N° 27803, optó por el beneficio de reincorporación laboral, dicha acción debe ser ejecutada por la entidad siempre y cuando identifique que existe una plaza vacante presupuestada bajo el referido régimen laboral

⁵ Ley N° 27803

"Artículo 12.- De la reincorporación

Para los efectos de lo regulado en los artículos 10 y 11 de la presente Ley, **deberá entenderse reincorporación como un nuevo vínculo laboral**, generado ya sea mediante contratación bajo el Régimen Laboral de la Actividad Privada o nombramiento dentro del Régimen Laboral del Servidor Público, a partir de la vigencia de la presente Ley. **Para efectos de la reincorporación o reubicación deberá respetarse el régimen laboral al cual pertenecía el ex trabajador al momento de su cese.**"

(Énfasis agregado)

⁶ Véase en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5728604/5087692-it_1799-2023-servir-gpgsc.pdf?v=1706116354

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: ZGEKXI



y que el ex trabajador cumpla con el perfil de puesto y las características inherentes de la plaza que pretende ocupar, caso contrario la reincorporación aludida devendría en inejecutable."

- 2.9 Por lo expuesto, estando a lo dispuesto en el literal e) del inciso 7.2 del artículo 7 de los Lineamientos, se tiene que en ninguno de los niveles de la negociación colectiva (centralizado y descentralizado) se puede negociar aquellas materias referidas a la regulación y a las condiciones para el acceso al empleo público (como sería el cambio de régimen laboral). En consecuencia, tampoco puede ser materia negociable el análisis o la evaluación de la viabilidad de alguna acción relacionada al literal e) del inciso 7.2 del artículo 7 de los Lineamientos⁷.
- 2.10 Nótese que las entidades públicas deben enmarcar sus actuaciones conforme al ordenamiento jurídico observando las normas imperativas, las competencias atribuidas y siguiendo los procedimientos establecidos; caso contrario, se estaría vulnerando el principio de legalidad⁸.
- 2.11 Cabe resaltar que el producto negocial suscrito en contravención de alguna de las disposiciones contenidas en la LNCSE y/o en los Lineamientos conllevaría a incurrir en el supuesto de nulidad previsto en el artículo 30 de los Lineamientos⁹.
- 2.12 En caso se considere que un producto negocial adolece de un vicio de nulidad por contravenir el marco normativo vigente al momento de su suscripción, corresponderá impugnar dicho convenio colectivo a través de la vía jurisdiccional.
- 2.13 Finalmente, corresponderá a cada entidad efectuar el deslinde de responsabilidades ante un caso de manifiesta inobservancia de normas imperativas y tipificar el hecho materia de reproche conforme a las normas que regulan el procedimiento administrativo disciplinario, sin perjuicio de otras responsabilidades imputables.

III. Conclusiones

- 3.1 En ninguno de los niveles de la negociación colectiva (centralizado y descentralizado) se puede negociar aquellas materias referidas a la regulación y a las condiciones para el acceso al empleo público (como sería el cambio de régimen laboral). En consecuencia, tampoco puede ser materia negociable el análisis o la evaluación de la viabilidad de alguna acción relacionada al literal e) del inciso 7.2 del artículo 7 de los Lineamientos.
- 3.2 Las entidades públicas deben enmarcar sus actuaciones conforme al ordenamiento jurídico observando las normas imperativas, las competencias atribuidas y siguiendo los procedimientos establecidos; caso contrario, se estaría vulnerando el principio de legalidad.

⁷ Por lo demás, es pertinente referir a lo señalado por SERVIR en el Informe Técnico N° 1906-2022-SERVIR-GPGSC (www.gob.pe/servir):

"2.9 De otro lado, dado que la negociación colectiva permite a las entidades cumplir con la obligación constitucional de promover y fomentar "(...) formas de solución pacífica de los conflictos laborales" (numeral 2 del artículo 28 de la Constitución) en el marco de un Estado democrático y social de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución), es su responsabilidad prever que las cláusulas pactadas puedan ser ejecutables a futuro y se eviten los conflictos sociolaborales a causa de su actuar."

Véase en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5668561/5023701-informe-tecnico-1906-2022-servir-gpgsc.pdf?v=1705016454>

⁸ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...)"

⁹ "Artículo 30.- Incumplimiento de la Ley o de los presentes Lineamientos

El Convenio Colectivo suscrito en contravención de algunas de las disposiciones contenidas expresamente en la Ley o en los presentes Lineamientos resulta nulo de pleno derecho, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal que, según el caso, corresponda a las personas que lo suscribieron."



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 Bicentenario de la consolidación de nuestra independencia y de la conmemoración de las heroicas batallas de Junín y Ayacucho"

- 3.3 El convenio suscrito en contravención de alguna de las disposiciones contenidas en la LNCSE y/o en los Lineamientos conllevaría a incurrir en el supuesto de nulidad previsto en el artículo 30 de los Lineamientos.
- 3.4 En caso se considere que un producto negocial adolece de un vicio de nulidad por contravenir el marco normativo vigente al momento de su suscripción, corresponderá impugnar dicho convenio colectivo a través de la vía jurisdiccional; asimismo, corresponderá a cada entidad disponer el deslinde de responsabilidades, conforme con la normativa vigente.

Atentamente,

Firmado por

ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS

Ejecutivo de Soporte y Orientación Legal

Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Firmado por (VB)

ESTEFANIA MURIEL DIEZ CANSECO CASTILLO

Analista Jurídico i

Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Firmado por (VB)

LESLY WINDY AYALA GONZALES

Especialista de Soporte y Orientación Legal de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil

BDRR/aabs/lwag/emdcc

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2024

Registro N° 43804-2024

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: ZGEKXKI