PL 2307 y OTROS

- PRESUPUESTO...
- TRABAJO...
- SALUD...

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
18 ENE 2023
RECIBIDO
Firma ____ Hora 5:03 pm

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

OFICIO Nº 012 -2023 –PR

Lima, 18 de enero de 2023

Señor
JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del Congreso de la República
Presente. -

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Autógrafa de Ley que incorpora al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a los trabajadores del Seguro Social de Salud (ESSALUD) que se encuentran bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS) con contrato a plazo indeterminado. Al respecto consideramos conveniente observarla por lo siguiente[1]:

De la Autógrafa de Ley

1. La Autógrafa de Ley tiene la siguiente fórmula legal:

> ***"Artículo 1. Objeto de la Ley***
> *El objeto de la presente ley es incorporar al personal profesional, no profesional, asistencial y administrativo, que se encuentra laborando en el Seguro Social de Salud (ESSALUD), bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS) a plazo indeterminado, al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de manera gradual y progresiva de acuerdo a la disponibilidad presupuestal y en el orden de prelación del tiempo de servicio en el plazo de tres años.*
>
> ***Artículo 2. Alcance***
> *La presente ley es de alcance al personal del Seguro Social de Salud (ESSALUD) que se encuentra bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS) y que es el siguiente:*
>
> a) *Profesionales de la salud.*
> b) *Técnicos y auxiliares asistenciales de la salud.*
> c) *Profesionales administrativos.*
> d) *Técnicos y auxiliares administrativos*
>
> ***Artículo 3. Requisitos***
> *Los requisitos para incorporar al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al personal del Seguro Social de Salud (ESSALUD) contratado bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS), deben ser los siguientes:*
>
> *a) Haber ingresado a la institución mediante proceso de selección por concurso público de méritos.*
> *b) A la fecha de promulgación de la presente ley, encontrarse laborando bajo la modalidad del contrato administrativo de servicios (CAS) a plazo indeterminado.*
>
> ***Artículo 4. Plazo para la incorporación***
> *El Seguro Social de Salud (ESSALUD) tiene un plazo no mayor de tres (3) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para incorporar de manera progresiva bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de productividad y Competitividad Laboral, al personal profesional, no profesional, asistencial y administrativo que se encuentre bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS) con contrato a plazo indeterminado o indefinido y que cumplan con los requisitos señalados en el artículo 3 de la presente ley.*

[1] Sobre la base del Informe N° 0002-2023-MTPE/4/8 y el Informe N° D000007-2023-PCM-OGAJ.

Artículo 5. Responsable del proceso
El responsable de la implementación del proceso es el titular de la entidad quien designa mediante acto resolutivo a los miembros de la comisión de incorporación, debiendo presidir la misma el responsable de la oficina de recursos humanos o la oficina que haga sus veces de cada red asistencial. Las funciones de la comisión serán establecidas en el reglamento de la presente ley.

Artículo 6. Reglamentación
La reglamentación y demás normas complementarias para la adecuada implementación de la presente ley es elaborada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en coordinación con el Seguro Social de Salud (ESSÁLUD), en el plazo máximo de noventa (90) días calendario siguientes a la promulgación de la presente ley.

Artículo 7. Ejecución
Vencido el plazo señalado en el artículo 6 de la presente ley, el Seguro Social de Salud (ESSALUD) tiene un plazo de ciento veinte (120) días calendario para iniciar las acciones necesarias para las incorporaciones, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL
ÚNICA. *La implementación de lo dispuesto en la presente ley se financiará con cargo al presupuesto del Seguro Social de Salud (ESSALUD), sin afectar los recursos del tesoro público ni afectar el gasto en inversión necesario para garantizar la prestación de salud, respetándose las disposiciones legales en materia presupuestal.*

Por otro lado, la Única Disposición Complementaria Modificatoria efectúa una modificación al artículo 2 del Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, en los siguientes términos:

Decreto Legislativo 1057	Autógrafa de Ley
Artículo 2.- Ámbito de aplicación El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado.	Artículo 2.- Ámbito de aplicación El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado **y el Seguro Social de Salud (ESSALUD)**.

Observaciones a la Autógrafa de Ley

2. Al respecto, debemos señalar lo siguiente:

Sobre la seguridad social en salud

La Constitución Política del Perú, en su artículo 10 establece que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida. Asimismo, en su artículo 11, la Norma Suprema establece que el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

La seguridad social consiste en un sistema de carácter protector ante riesgos sociales o la verificación de acontecimientos que afectan a la persona y que genere una disminución de ingresos o un exceso de gastos (consecuencias económicas).

Por su parte, el principio de solidaridad de la seguridad social, *"(...) es el principio complementario de la universalidad, puesto que la puesta en práctica de los mecanismos de Seguridad Social no es algo que pueda desarrollarse de forma aislada, y a nivel individual, sino que precisa el esfuerzo de todos, puesto que, por una parte, la implantación y el mantenimiento de los mecanismos de Seguridad Social se sitúa en la responsabilidad del Estado y es una característica de los Estados modernos que entre todos, y no solo en una parte, sean repartidas las cargas sociales."*[2]

Ahora, en nuestro país, la seguridad social en salud recae, principalmente, en EsSalud, y de manera complementaria en las Empresas Prestadoras de Salud (EPS). Asimismo, es en aplicación del principio de solidaridad que se da el financiamiento a EsSalud, entidad pública encargada de la seguridad social en salud.

El artículo 3 de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, establece que el aseguramiento universal en salud física y mental es un proceso orientado a lograr que toda la población residente en el territorio nacional disponga de un seguro de salud que le permita acceder a un conjunto de prestaciones de salud de carácter preventivo, promocional, recuperativo y de rehabilitación, en condiciones adecuadas de eficiencia, equidad, oportunidad, calidad y dignidad, sobre la base del Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS).

El artículo 77 del Reglamento de la citada ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2010-SA, establece que la afiliación al sistema de aseguramiento universal en salud es obligatoria para toda la población residente. Todos los residentes del país están obligados a contar como mínimo con la cobertura del PEAS, debiendo hacerlo conforme a los mecanismos de expansión progresiva establecidos por el Ministerio de Salud.

Así, el aseguramiento universal en salud se constituye como la garantía de la protección del derecho fundamental a la salud, reconocido en el artículo 7 de la Constitución Política, para todas las personas residentes en el Perú, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida.

De conformidad con los artículos 13, 14 y 15 de la Ley N° 29344, el PEAS consiste en la lista priorizada de condiciones asegurables e intervenciones que, como mínimo, son financiadas a todos los asegurados por las instituciones administradoras de fondos de aseguramiento en salud (IAFAS), sean estas públicas, privadas o mixtas, y contiene garantías explícitas de oportunidad y calidad para todos los beneficiarios. El PEAS es ofertado de manera obligatoria por todas las IAFAS. Cualquier beneficiario puede exigir su cumplimiento ante las instancias de regulación y supervisión respectivas sin perjuicio de las acciones legales que pudieran instaurarse ante la autoridad correspondiente por su inobservancia o cumplimiento tardío o deficiente. El PEAS es aprobado por el Ministerio de Salud mediante decreto supremo.

El artículo 19 de la misma ley determina que, a partir de su vigencia, todos los peruanos son beneficiarios del PEAS en su condición de afiliados a los siguientes regímenes:

---

[2] PANIZO, José Antonio. *La Seguridad Social en las Constituciones Iberoamericanas.* Madrid: OISS.

1. El régimen contributivo: comprende a las personas que se vinculan a las IAFAS a través de un pago o cotización, sea por cuenta propia o de su empleador.
2. El régimen subsidiado: comprende a las personas que están afiliadas a las IAFAS por medio de un financiamiento público total. Dicho régimen está orientado principalmente a las poblaciones más vulnerables y de menores recursos económicos y se otorga a través del Seguro Integral de Salud (SIS).
3. El régimen semicontributivo: comprende a las personas que están afiliadas a las IAFAS por medio del financiamiento público parcial y aportes de los asegurados y empleadores, según corresponda.

Ahora, de acuerdo con el numeral 1.1 del artículo 1 de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud (EsSalud), EsSalud es un organismo público descentralizado con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Sector Trabajo y Promoción del Empleo, **con autonomía técnica, administrativa, económica, financiera, presupuestal y contable**. Seguidamente, según el numeral 1.2 del artículo 1, EsSalud tiene por finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos. De lo señalado, se evidencia que EsSalud administra seguros sociales en salud de carácter contributivo.

Cabe señalar que, para la implementación de tales prestaciones, EsSalud básicamente cuenta con **recursos propios**. Al respecto, el artículo 11 de la Ley N° 27056, Ley de Creación del Seguro Social de Salud (EsSalud), señala que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución Política del Perú, los recursos que administra EsSalud son **intangibles** y no pueden ser destinados a fines distintos a los de su creación, y se constituyen por:

a) Los aportes o contribuciones de los afiliados a EsSalud, incluyendo los intereses y multas provenientes de su recaudación.
b) Sus reservas y el rendimiento de sus inversiones financieras.
c) Los ingresos provenientes de la inversión de sus recursos.
d) Los ingresos por los seguros de riesgos humanos y las prestaciones de salud a no asegurados.
e) Los demás que adquiera con arreglo a Ley.

El literal a) del artículo 6 de la Ley N° 26790, en concordancia con el artículo 33 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA, dispone que los aportes por afiliación a EsSalud son de carácter mensual y, en el caso de los afiliados regulares en actividad, incluyendo tanto los que laboran bajo relación de dependencia como los socios de cooperativas, el aporte equivale al 9% de la remuneración o ingreso; siendo de cargo obligatorio de la entidad empleadora declarar y pagar dicho aporte a EsSalud, conforme con lo establecido en el literal a) del artículo 6 de la Ley N° 26790 y el artículo 14 de la Ley N° 27056.

Entonces, en tanto que EsSalud no recibe recursos directos del Tesoro Público, se evidencia que las actuales prestaciones que otorga a sus asegurados y derechohabientes se sustentan básicamente en los aportes de sus afiliados. Asimismo, es importante recalcar que los recursos que administra son intangibles.

Teniendo en cuenta lo señalado, no es viable a nivel constitucional que los recursos

de EsSalud, sustentados en los aportes de sus afiliados, se utilicen para otros fines, tales como el pago al personal, ante la eventual falta de recursos públicos para la atención de una medida como la propuesta. De ser así, se estaría desnaturalizando la finalidad de los recursos de la seguridad social y se vulneraría el carácter intangible de los mismos.

Sobre la sostenibilidad financiera de la Autógrafa de Ley

Mediante lo propuesto en la Autógrafa de Ley se pretende que los trabajadores de EsSalud bajo el régimen CAS se incorporen al régimen laboral de la actividad privada del Decreto Legislativo N° 728.

Al respecto, con la implementación de los propuesto habría un evidente aumento de gasto público, toda vez que serían necesarios recursos para cumplir con las obligaciones de pago a favor de los trabajadores incorporados al régimen laboral de la actividad privada. No obstante, cabe atender a lo establecido en el artículo 79 de la Constitución Política del Perú, que restringe la iniciativa de gasto público por parte del Congreso de la República, salvo en lo que se refiere a su presupuesto.

En relación a las limitaciones aplicables al Congreso de la República para crear gasto público, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado lo siguiente[3]:

> *"(...) no puede desatenderse que el artículo 79 de la Constitución, establece que "[e]l Congreso no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto". Ello significa que el Parlamento, motu proprio, salvo en lo atinente a su propio presupuesto, no tiene competencia para, ex novo, crear fuentes que originen gasto para la hacienda pública. Ello es sistemáticamente coherente con el artículo 118, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder ejecutivo, "[a]dministrar la hacienda pública".*
>
> *Contrario sensu, el Congreso goza de dicha competencia si la iniciativa para su expedición no proviene de sí mismo, sino del Ejecutivo, esto es, si se acredita en el procedimiento legislativo del que emanó la ley de la que nace la obligación pecuniaria, el Gobierno autorizó o consintió su dación.*
>
> *En tal sentido, la función del Parlamento es controlar y fiscalizar la acción del Ejecutivo en la administración del tesoro público, pero en ningún caso puede sustituirlo en la dirección de la política económica, menos aun creando gastos que escapan a la proyección técnica diseñada por el Gobierno. (...).*
>
> *32. Por otra parte, incluso si una ley generadora de gasto público es avalada previamente por el Poder Ejecutivo, también resulta inconstitucional si, por vía tal ley, la habilitación de dio gasto pretende ser imputada a la ya vigente Ley de Presupuesto, escapando de su balance general de cifras de ingresos y egresos. (...)".*

Al respecto, el artículo 43 de la Constitución Política del Perú establece que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. Agrega además que el Estado es uno e indivisible y que su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, cuya organización se establece según el Principio de Separación de Poderes. Teniendo en cuenta lo señalado previamente, se observa que la Autógrafa de Ley también desatendería el principio de separación de poderes, establecido en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú, toda vez que es el Poder Ejecutivo el competente para regular sobre materia presupuestal en el sector público; al respecto, el TC[4] señala lo siguiente:

---

[3] Sentencia recaída en el Exp. 0007-2012-PI/TC

[4] Fundamento jurídico 37 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC, "Caso de la devolución de aportes al Sistema Nacional de Pensiones".

"37. (...) la aprobación de medidas que demanden gasto público requiere de la participación del órgano administrador de la hacienda pública, esto es, el Poder Ejecutivo. Además, el ejercicio de dicha competencia debe contrastarse con los principios que orientan las disposiciones de la Constitución presupuestaria, el de equilibrio presupuestal y estabilidad presupuestaria, que operan como freno al endeudamiento público".

Por lo expuesto, se considera que con la implementación de la Autógrafa de Ley se vulnerarían los artículos 43 y 79 de la Constitución Política del Perú.

Sobre el ingreso al empleo público

De acuerdo al artículo 40 de la Constitución Política, la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional. Asimismo, precisa que por ley se regularán el ingreso, los derechos, deberes y las responsabilidades de los servidores. Por tanto, en rigor, estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo ha sido orientado a la construcción de la carrea pública en el Estado.

El "derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad" conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de los que el Estado peruano es parte[5].

En efecto, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ambos ratificados por el Perú, reconocen el derecho de acceso a la función pública en igualdad de condiciones.

El primero de los mencionados tratados establece en el literal c) del artículo 25 lo siguiente:

"***Artículo 25***
Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:
(...)
c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país."

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el literal c) del inciso 1 del artículo 23 lo siguiente:

"***Artículo 23. Derechos Políticos***
1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
(...)
c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país."

El derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad tiene dos aristas: en primer lugar, se busca garantizar la facultad con la que cuenta todo ciudadano de poder incorporarse a la función pública; se trata de un derecho de participación inherente al status de ciudadanía de poder involucrarse en la gestión de los asuntos públicos. En segundo lugar, el ejercicio de esta facultad se ejecuta por todos los ciudadanos bajo las mismas condiciones y oportunidades.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el acceso a la función pública, en cuanto derecho constitucional, vincula a los poderes públicos. Por una parte, respecto al

[5] Literal e) del fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 05057-2013-13A/TC.

legislador se le prohíbe afectar el contenido del derecho en su labor de configuración, delimitación y limitación de este derecho (vinculación negativa); por otra, le impone un mandato de desarrollar normas y procedimientos orientados a su pleno ejercicio (vinculación positiva).

En lo concerniente al principio de mérito para acceder al empleo público, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

> *"47. El ejercicio de una función pública está condicionado a los requisitos que el legislador ha establecido. Se trata, como señala el Tribunal Constitucional alemán, de que el acceso a la función pública "puede ser restringido en especial por requisitos subjetivos de admisión, cuyo cumplimiento depende de la capacidad laboral de la persona del aspirante, y por requisitos objetivos de admisión, los cuales, prescindiendo de la capacidad laboral del postulante, aparecen necesarios por razones obligatorias de interés público (Gemeinwohl)." Tal restricción, empero, habrá de respetar los derechos fundamentales.*
> *(...).*
> *50. En resumen, el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar 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 en relación al acceso a la función pública de las personas."*[6]

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

> *"13. (...), 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. Esto significará contar con personal que labore coadyuvando de la manera más efectiva, ente y con calidad en los diversos servicios que el Estado brinda a la sociedad, toda vez que la persona que resulte ganadora de un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, llevado a cabo con rigurosidad, debe ser idónea para realizar las funciones para las cuales será contratada, lo que, a su vez, repercutirá en beneficio de la población.*
> *(...)*
>
> *18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 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 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 indeterminado****."*[7]

Cabe acotar que ambos principios han sido recogidos en el Artículo III del Título Preliminar de la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil:

> ***"Artículo III. Principios de la Ley del Servicio Civil***
>
> *Son principios de la Ley del Servicio Civil:*
> *(...).*
>
> *c)* ***Igualdad de oportunidades.*** *Las reglas del Servicio Civil son generales, impersonales, objetivas, públicas y previamente determinadas, sin discriminación alguna por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.*
> *d)* ***Mérito.*** *El régimen del Servicio Civil, incluyendo el acceso, la permanencia, progresión, mejora en las compensaciones y movilidad, se basa en la aptitud, actitud, desempeño, capacidad y evaluación permanente para el puesto de los postulantes y servidores civiles."* (el énfasis es nuestro)

---

[6] Sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC.
[7] Sentencia recaída en el Expediente Nº 05057-2013-13A/TC (Caso Huatuco). El énfasis y el subrayado son propios.

Como puede apreciarse, la facultad del legislador para establecer requisitos para el acceso a la función pública debe estar acorde con los principios de mérito y de igualdad en el acceso del ciudadano para desempeñar el puesto. El concurso público es el medio idóneo para garantizar la concretización de dichos principios. De esta manera se persigue asegurar el ingreso a la Administración Pública de personas adecuadas y competentes para el servicio.

Es por ello que consideramos que el ingreso de los trabajadores bajo el régimen CAS al régimen de la actividad privada, directamente y sin concurso público para el cambio de régimen, tal como lo plantea la Autógrafa de Ley, vulnera los principios constitucionales de mérito y de igualdad en el acceso y el artículo 40 de la Constitución.

Sobre las restricciones para el ingreso del personal de la Ley de Presupuesto

La Ley N° 31638, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2023, establece en su artículo 8 la prohibición de ingreso de personal en el Sector Público por servicios personales y el nombramiento, salvo: c) La contratación para el reemplazo por cese, para la suplencia temporal de los servidores del Sector Público, o para el ascenso o promoción del personal, en tanto se implemente la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en los casos que corresponda.

De este modo, el ingreso de personal en la Administración Pública se efectúa a través de las reglas de acceso al empleo público establecidas en el citado artículo 8, conforme lo advierte el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley N° 31638, que establece que para efectuar las contrataciones es requisito que las plazas o puestos a ocupar se encuentren aprobadas en el Cuadro para Asignación de Personal (CAP) o CAP Provisional, o en el Cuadro de Puestos de la Entidad (CPE), y en el Presupuesto Analítico de Personal (PAP), así como que se encuentren registradas en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de Planillas y de Datos de Recursos Humanos del Sector Público (AIRHSP) a cargo de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas, y que cuenten con la respectiva certificación del crédito presupuestario.

En ese sentido, se advierte que la Ley de Presupuesto para el Año Fiscal 2023, como regla general, no habilita el nombramiento de personal en el sector público, salvo las excepciones establecidas en ella, y dichas excepciones se establecen en las normas de presupuesto toda vez que la dotación de personal es financiada por Fondos Públicos.

Por lo tanto, la Autógrafa de Ley no es concordante con la citada norma, máxime si esta es aplicable a todas las entidades del sector público, incluyendo a EsSalud.

De la naturaleza del régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo N° 728

La Autógrafa de Ley establece que esta norma es aplicable a los profesionales de la salud, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud, profesionales administrativos y técnicos y auxiliares administrativos. Sobre este punto, ha de indicarse que la reforma del servicio civil tiene por objeto establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de éstas. Si bien la regla general es contar con un régimen único y exclusivo del servicio civil aplicable a todas las

es contar con un régimen único y exclusivo del servicio civil aplicable a todas las personas que laboran en el Estado, la excepción son los regímenes o carreras especiales, las cuales constituyen conjuntos normativos específicos que deben interpretarse de manera restrictiva únicamente a los puestos previstos para dichas carreras.

Así mismo, los profesionales administrativos y los técnicos y auxiliares administrativos, sí se encuentran claramente dentro de los alcances de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, por lo que debe tenerse en cuenta lo expresado por el Tribunal Constitucional, a propósito del proceso de inconstitucionalidad iniciado contra la citada Ley (fundamentos 66, 67, 69 y 79):[8]

> *"66. Al respecto, conviene reiterar que el objeto de la Ley N° 30057, del Servicio Civil, es "establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicio en las entidades públicas del estado" (...) lo que obviamente supone que dicho sistema alcanza a las personas que prestan servicios a las entidades públicas del Estado (artículo 1). Entonces, si la ley del servicio civil debe ser, en principio, aplicable a todos los servidores públicos, toda exclusión debe estar razonablemente fundada en la especial naturaleza o la particularidad de la prestación del servicio. Sólo de esta manera estaría justificada la exclusión de un determinado grupo de servidores públicos de los alcances de la ley."*
>
> *"67. En el caso de autos, este Tribunal advierte que la prestación de los servicios que realizan los servidores civiles a que se refiere el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 300657 (con excepción de los trabajadores de las empresas del Estado y los servidores sujetos a las carreras especiales) no tiene la especial naturaleza o la particularidad requerida en relación con la prestación de servicios de los demás servidores civiles, de manera tal que, sea indispensable o necesaria la regulación de un tratamiento especial."*
>
> *"69. Si el objeto que ha perseguido el legislador es tender a uniformizar el régimen de los servidores públicos, las exclusiones que realice deben tener un fundamento en la naturaleza de la función y constituir propiamente una carrera desde la perspectiva de la progresión. La diferencia no puede basarse solamente en la particularidad de la actividad que realizan, por cuanto las funciones de cada órgano del estado son, de alguna manera, especializadas y diferentes."*
>
> *"79. "Este tribunal considera que el hecho de que un servidor público pertenezca o labore en un determinado poder del Estado, órgano constitucional u órgano descentralizado, ello no implica que éste necesariamente tenga que estar comprendido dentro de un régimen laboral especial, sino que, bien entendidas las cosas, dicho régimen solo comprende a aquellos servidores que realizan labores de naturaleza especial o debido a la particularidad de la prestación del servicio."*

Por lo señalado, **no se justifica el apartamiento del personal CAS referido a los técnicos y auxiliares asistenciales de la salud, profesionales administrativos y técnicos y auxiliares administrativos de EsSalud del régimen unificador de la Ley del Servicio Civil como lo propone la Autógrafa de Ley, a través de un cambio de régimen**.

Por otro lado, con relación a la propuesta de modificación del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1057, propuesta por la Única Disposición Complementaria Modificatoria de la Autógrafa, cabe señalar que el artículo vigente tiene por finalidad que las entidades de la Administración Pública, independientemente de su régimen laboral y las excepciones que la misma norma plantea, pueden contratar personal bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, que fue creado como un régimen para que las entidades públicas puedan dotarse de personal, según su necesidad, mientras que se implemente la Ley del Servicio Civil y todas las entidades inmersas en su ámbito de aplicación efectúen el tránsito.

---

[8] Pleno Jurisdiccional Expedientes Nros. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/C; 008-2014-PE/TC; 007-2014-PI/TC, Caso Ley del Servicio Civil.

Estando a ello, no se justifica que EsSalud se encuentre exceptuada de contratar personas bajo el régimen CAS, lo cual implicaría que las contrataciones que a futuro se realicen en dicha entidad solo se encuentre circunscritas al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728, lo cual no resulta ser viable, máxime si tal como se ha señalado, su personal técnico y auxiliar asistencial en salud, profesional administrativo y técnicos y auxiliares administrativos son contratados provisionalmente bajo el régimen CAS hasta que se implemente el nuevo régimen de la Ley del Servicio Civil.

Dicha opinión se fundamenta en lo dicho por el Tribunal Constitucional en el Pleno Jurisdiccional Expedientes Nros. 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/C; 008-2014-PE/TC; 007-2014-PI/TC, Caso Ley del Servicio Civil, que señaló claramente *"Si el objeto que ha perseguido el legislador es tender a uniformizar el régimen de los servidores públicos, las exclusiones que realice deben tener un fundamento en la naturaleza de la función y constituir propiamente una carrera desde la perspectiva de la progresión. La diferencia no puede basarse solamente en la particularidad de la actividad que realizan, por cuanto las funciones de cada órgano del estado son, de alguna manera, especializadas y diferentes."* (fundamento 69).

Añade además que, *"(...) el hecho de que un servidor público pertenezca o labore en un determinado poder del Estado, órgano constitucional u órgano descentralizado, ello no implica que éste necesariamente tenga que estar comprendido dentro de un régimen laboral especial, sino que, bien entendidas las cosas, dicho régimen solo comprende a aquellos servidores que realizan labores de naturaleza especial o debido a la particularidad de la prestación del servicio"* (fundamento 79).

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo que las Leyes de Presupuesto dispongan sobre la autorización, prohibición y excepciones de ingreso de personal a la Administración Pública, se entiende que todas las entidades públicas pueden contratar, por necesidad de servicio, a personal bajo el régimen CAS en tanto se implemente la Ley del Servicio Civil, las exclusiones deben estar razonablemente fundadas en su especial naturaleza o particularidad de la prestación del servicio, siendo que en la Autógrafa de Ley (así como los Proyectos de Ley y Dictamen que sustentan la misma) no se justifica el por qué a EsSalud le correspondería realizar contrataciones solo bajo el régimen de la actividad privada. Por lo que las consideraciones expuestas, no resulta viable la propuesta de modificación del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1057.

Sobre la creación de órganos colegiados en el ámbito del Poder Ejecutivo

En el artículo 5 de la Autógrafa de Ley se menciona que el responsable de la implementación del proceso es el titular de la entidad, quien designa mediante acto resolutivo a los miembros de la comisión de incorporación, debiendo presidir la misma el responsable de la oficina de recursos humanos o la oficina que haga sus veces de cada red asistencial, siendo que las funciones de la Comisión serán establecidas en el reglamento de la Ley.

Al respecto, el artículo 106 de la Constitución señala que mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.

La Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), norma de desarrollo

constitucional[9], regula las normas básicas de organización, competencias y funciones del Poder Ejecutivo, estableciendo en su artículo VI que, sobre la base del Principio de Competencia, el Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por otros niveles de gobierno, así como ejerce sus competencias exclusivas, no pudiendo delegar ni transferir las funciones y atribuciones inherentes a ellas.

Por su parte en el artículo 35 de la LOPE se establece que las Comisiones del Poder Ejecutivo son órganos que se crean para cumplir con las funciones de seguimiento, fiscalización, propuesta o emisión de informes, que deben servir de base para las decisiones de otras entidades, careciendo sus conclusiones de efectos jurídicos frente a terceros, y están integradas a una entidad pública.

Asimismo, en el mismo artículo, se precisa que las normas de creación de una Comisión deben contener necesariamente disposiciones referidas a:

- Su ubicación dentro de la estructura del Poder Ejecutivo, precisando la entidad pública preexistente de la cual dependen.
- Su conformación.
- El mecanismo para la designación de su presidente y miembros, así como la precisión del carácter oneroso por el ejercicio de sus funciones en los casos permitidos por esta ley.
- Su objeto y las funciones que se les asignan.
- Cuando sea necesario, la dotación de recursos para su funcionamiento, los cuales provendrán de la entidad pública de la cual dependen.
- El período de su existencia, de ser el caso.

De acuerdo al marco normativo expuesto, se concluye que la creación de una Comisión en el ámbito del Poder Ejecutivo, cualquiera sea su tipo, constituye una potestad exclusiva de este Poder del Estado, competencia que no la puede delegar ni transferir a otro (Poder del Estado), de acuerdo al Principio de competencia.

En el presente caso, a través de la Autógrafa de Ley, además de condicionar la creación de una Comisión en el ámbito de una entidad del Poder Ejecutivo (EsSalud, que se encuentra adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo), también determina su objeto y quien lo presidirá, situación que **vulnera no sólo la LOPE, sino también el Principio de Separación de Poderes, establecido en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú,** toda vez que un Poder del Estado no puede determinar la organización y funcionamiento de otro Poder del Estado, al gozar cada Poder de autonomía para determinar cómo llevará a cabo sus funciones sustantivas asignadas tanto en la Constitución como en sus Leyes orgánicas, a modo de ejemplo el Poder Ejecutivo no podría proponer la creación de Comisiones en el ámbito del Poder Legislativo.

En ese sentido, con la Autógrafa de Ley se afecta la reserva de competencia que nuestro ordenamiento jurídico establece en favor del Poder Ejecutivo para crear Comisiones dentro de su ámbito, máxime si el Poder Ejecutivo no requiere de una Ley para poder llevar a cabo dicha acción al encontrarse habilitado, por su propia Ley Orgánica, para efectuarlo mediante una norma de su competencia (Resolución Ministerial, Resolución Suprema o Decreto Supremo, ello según el tipo y naturaleza de Comisión que se pretenda crear), correspondiéndole a este determinar la pertinencia y necesidad de la creación de instancias

[9] Norma de desarrollo constitucional, al regular una materia prevista en la Constitución como es la estructura y funcionamiento de las entidades del Estado en el ámbito del Poder Ejecutivo (Sentencia recaída en el Expediente Nº 0005-2003-AI/TC).

colegiadas dentro de su ámbito de competencia.

Por las razones expuestas, se observa la Autógrafa de Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,

DINA ERCILIA BOLUARTE ZEGARRA
Presidenta de la República

LUIS ALBERTO OTÁROLA PEÑARANDA
Presidente del Consejo de Ministros

Proyecto de Ley: 2307/2021-CR y otros

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Lima, **19** de **enero** del **2023**

Pase a las comisiones de:

- **PRESUPUESTO Y CUENTA GENERAL DE LA REPÚBLICA;**
- **TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; y**
- **SALUD Y POBLACIÓN.**

Con cargo de dar cuenta de este procedimiento al Consejo Directivo.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE INCORPORA AL RÉGIMEN LABORAL DEL DECRETO LEGISLATIVO 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, A LOS TRABAJADORES DEL SEGURO SOCIAL DE SALUD (ESSALUD) QUE SE ENCUENTRAN BAJO EL RÉGIMEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS (CAS) CON CONTRATO A PLAZO INDETERMINADO

Artículo 1. Objeto de la Ley

El objeto de la presente ley es incorporar al personal profesional, no profesional, asistencial y administrativo, que se encuentra laborando en el Seguro Social de Salud (ESSALUD), bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS) a plazo indeterminado, al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de manera gradual y progresiva de acuerdo a la disponibilidad presupuestal y en el orden de prelación del tiempo de servicio en el plazo de tres años.

Artículo 2. Alcance

La presente ley es de alcance al personal del Seguro Social de Salud (ESSALUD) que se encuentra bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS) y que es el siguiente:

a) Profesionales de la salud.

b) Técnicos y auxiliares asistenciales de la salud.

c) Profesionales administrativos.

d) Técnicos y auxiliares administrativos.

Artículo 3. Requisitos

Los requisitos para incorporar al régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al personal del Seguro Social de Salud (ESSALUD) contratado bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS), deben ser los siguientes:

a) Haber ingresado a la institución mediante proceso de selección por concurso público de méritos.

b) *A la fecha de promulgación de la presente ley, encontrarse laborando bajo la modalidad del contrato administrativo de servicios (CAS) a plazo indeterminado.*

Artículo 4. Plazo para la incorporación

El Seguro Social de Salud (ESSALUD) tiene un plazo no mayor de tres (3) años, contados a partir de la vigencia de la presente ley, para incorporar de manera progresiva bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al personal profesional, no profesional, asistencial y administrativo que se encuentre bajo el régimen del contrato administrativo de servicios (CAS) con contrato a plazo indeterminado o indefinido y que cumplan con los requisitos señalados en el artículo 3 de la presente ley.

Artículo 5. Responsable del proceso

El responsable de la implementación del proceso es el titular de la entidad quien designa mediante acto resolutivo a los miembros de la comisión de incorporación, debiendo presidir la misma el responsable de la oficina de recursos humanos o la oficina que haga sus veces de cada red asistencial. Las funciones de la comisión serán establecidas en el reglamento de la presente ley.

Artículo 6. Reglamentación

La reglamentación y demás normas complementarias para la adecuada implementación de la presente ley es elaborada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en coordinación con el Seguro Social de Salud (ESSALUD), en el plazo máximo de noventa (90) días calendario siguientes a la promulgación de la presente ley.

Artículo 7. Ejecución

Vencido el plazo señalado en el artículo 6 de la presente ley, el Seguro Social de Salud (ESSALUD) tiene un plazo de ciento veinte (120) días calendario para iniciar las acciones necesarias para las incorporaciones, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA. *La implementación de lo dispuesto en la presente ley se financiará con cargo al presupuesto del Seguro Social de Salud (ESSALUD), sin afectar los recursos del tesoro público ni afectar el gasto en inversión necesario para*

garantizar la prestación de salud, respetándose las disposiciones legales en materia presupuestal.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA MODIFICATORIA

ÚNICA. *Modificación del artículo 2 del Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, en los siguientes términos:*

> *"**Artículo 2.- Ámbito de aplicación***
>
> *El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado y el Seguro Social de Salud (ESSALUD)".*

Comuníquese a la señora Presidenta de la República para su promulgación.

En Lima, a los veintisiete días del mes de diciembre de dos mil veintidós.

JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del Congreso de la República

MARTHA LUPE MOYANO DELGADO
Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

A LA SEÑORA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA