



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Presidencia
Ejecutiva

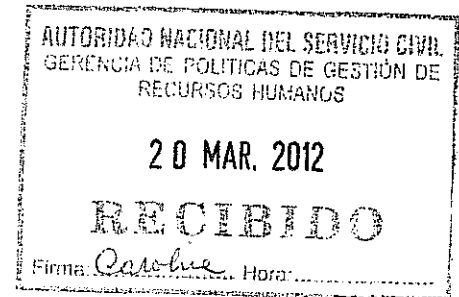
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Lima, 20 MAR 2012

OFICIO N° 369 -2012-SERVIR/PE

Señor
ROBERTO LUIS SHIMABUKU AZATO
Director General
Instituto Nacional de Salud del Niño
Presente.-

Referencia : a) Oficio N° 140-DG-002-OAJ-INSN-2011
b) Oficio N° 261-DG-006-OAJ-INSN-2012



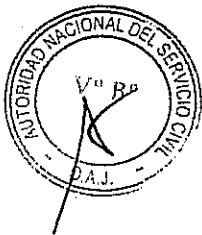
Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual consulta sobre los impedimentos para contratar en el régimen de contratación administrativa de servicios.

Al respecto, le remito el Informe Legal N° 253-2012-SERVIR/GG-OAJ, de la Oficina de Asesoría Jurídica de esta entidad, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN
Presidente Ejecutivo
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL



JCC/MBT/MMC/mro
Reg. N° 60120, 61044-2012

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 Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

INFORME LEGAL N° 253-2012-SERVIR/GG-OAJ

A : **MARIANA BALLÉN TALLADA**
Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

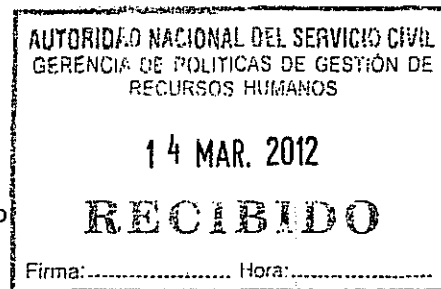
De : **MANUEL MESONES CASTELO**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

Asunto : Consulta sobre prohibición de contratar en el régimen de contratación administrativa de servicios

Referencia : a) Oficio N° 140-DG-002-OAJ-INSN-2011
b) Oficio N° 261-DG-006-OAJ-INSN-2012

Descriptor : a) Competencia de SERVIR
b) Impedimentos para contratar con el Estado

Fecha : Lima, **13 MAR 2012**



Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por medio del cual el Director General del Instituto Nacional de Salud del Niño nos consulta lo siguiente:

"Si la prohibición de contratación de servidores bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, esto es, Contratos Administrativos de Servicios (CAS), alcanza a todos los servidores de la Entidad, sus cónyuges, convivientes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sin excepción alguna, en aplicación del artículo 10 literal d) del Decreto Legislativo N° 1017".

Al respecto, expresamos lo siguiente:

I Base legal

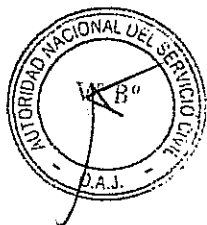
1.1 El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM -modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM- establece los impedimentos para contratar en el referido régimen:

"4.1. No pueden celebrar contratos administrativos de servicios las personas con inhabilitación administrativa o judicial para el ejercicio de la profesión, para contratar con el Estado o para desempeñar función pública.

4.2. Están impedidos de ser contratados bajo el régimen de contratación administrativa de servicios quienes tienen impedimento, expresamente previsto por las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, para ser postores o contratistas y/o para postular, acceder o ejercer el servicio, función o cargo convocado por la entidad pública.

(...)"

1.2 En el caso de las contrataciones públicas de bienes, servicios y obras, el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, señala que:





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 Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

"Artículo 10°.- Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

(...)

d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia;

(...)

f) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

(...)".

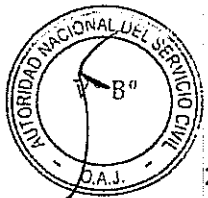
II Análisis

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.
- 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, por lo que nuestro Informe tiene por objeto ubicar el marco legal aplicable a la situación planteada sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.

Impedimentos para contratar con el Estado

- 2.4 Nuestra Constitución Política de 1993 reconoce el derecho *a trabajar libremente, con sujeción a la ley* (artículo 2° numeral 15), sin embargo, como cualquier otro derecho, su ejercicio no es irrestricto, puesto que deben observarse las limitaciones que la Ley establece en atención a otros derechos o intereses que también merecen tutela por parte del ordenamiento jurídico.
- 2.5 En el caso del régimen de contratación administrativa de servicios, el artículo 4° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 (en adelante, el Reglamento), establece los impedimentos para contratar en el mencionado régimen. Así señala que se encuentran impedidas de suscribir contrato las personas que:
 - i) Cuenten con inhabilitación administrativa o judicial, para ejercer la profesión, contratar con el Estado o ejercer función pública; y
 - ii) Tienen impedimento expresamente previsto por las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, **para ser postores o contratistas y/o para postular, acceder o ejercer el servicio, función o cargo convocado por la entidad pública.**





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 Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Conforme a lo indicado, aquellas personas que tienen impedimento expreso en las normas pertinentes para ser postor o contratista, no pueden suscribir el contrato administrativo de servicios.

- 2.6 Como puede advertirse, esta disposición nos remite a las normas del Decreto Legislativo N°1017, Ley de Contrataciones del Estado, según la cual están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, entre otros: *"En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia"* (artículo 10° literal d).

Asimismo, dicho impedimento también alcanza al *cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad* de las personas antes señaladas y en el mismo ámbito y tiempo establecidos para éstos (artículo 10° literal f).

- 2.7 Si bien el artículo 4° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 que establece los impedimentos para contratar en el régimen de contratación administrativa de servicios nos remite a una norma que no forma parte del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado (Decreto Legislativo N° 1017), ello no impide que SERVIR, en su calidad de ente rector del referido Sistema, emita opinión sobre los alcances de dichos impedimentos.

Lo señalado tiene sustento en la medida que nos encontramos ante un régimen laboral especial, así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00002-2010-PI-TC, publicada el 20 de setiembre de 2010, específicamente en el fundamento 47 de la citada sentencia ha señalado lo siguiente: *"47. De modo que, a partir de la presente sentencia, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1057 debe ser interpretado de modo que toda actividad interpretativa hecha respecto del denominado "contrato administrativo de servicios", deba entenderse que dicho contrato es propiamente un régimen "especial" de contratación laboral para el sector público, el mismo que como ya se ha expuesto, resulta compatible con el marco constitucional"*.

Atendiendo a ello, le es aplicable al régimen de contratación administrativa de servicios las disposiciones relacionadas con Ley Marco del Empleo Público, Ley del Código de Ética de la Función Pública y las demás normas de carácter general que regulen el Servicio Civil¹, incluida la Ley N° 26771 que regula la prohibición de contratar personal en el sector público en los casos de parentesco. La prohibición establecida en la referida norma se aplica a los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de las entidades, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección, respecto de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio².



¹ Segundo párrafo del artículo 1° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 065-2011-PCM.

² Quinta Disposición Complementaria Final del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057.



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 Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

Exigencia de razonabilidad y proporcionalidad a las disposiciones legales que restringen el ejercicio de derechos fundamentales

2.8 De acuerdo con el impedimento antes comentado, pueden darse el caso que el cónyuge, conviviente y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los funcionarios, empleados de confianza y servidores públicos de una entidad, no podrían ser contratados en esa misma entidad bajo el régimen de contratación administrativa de servicios. Así tenemos el siguiente ejemplo:

- Un profesional que postula a un proceso de selección convocado por una entidad, para ser contratado bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, se encontraría impedido de suscribir el contrato respectivo (en caso de resultar ganador del proceso) si por ejemplo, su padre trabaja para la misma entidad, digamos en el área de patrimonio, cuya función es custodiar el almacén de la entidad y no ejerce facultades para la contratación de personal o algún tipo de injerencia en dichas contrataciones, de modo que pudiera beneficiar indebidamente a su hijo.

2.9 Al respecto, consideramos que la situación descrita limita de manera desproporcionada el derecho al trabajo de las personas.

Así en el ejemplo propuesto, aun cuando el funcionario o servidor no posea atribuciones para contratar personal o algún tipo de injerencia en dicha contratación, por el hecho de mantener un grado de parentesco con la persona que postula al empleo, se estaría limitando derechos constitucionales como es el derecho al trabajo y la libertad de contratación.

Sobre este punto cabe recordar que el Tribunal Constitucional ha señalado que la legitimidad de una limitación al ejercicio de derechos fundamentales no sólo se examina en virtud al respeto del principio de legalidad (es decir, que la limitación haya sido establecida por una norma con rango de ley), sino que la limitación en sí debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad³.

Aplicación de las normas de nepotismo al CAS

2.10 Conforme hemos indicado, el régimen de contratación administrativa de servicios es un régimen laboral especial, por lo que les son de aplicación las normas que regulan el Servicio Civil, tales como la Ley N° 26771, de acuerdo con la cual los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio.

Como se puede advertir, la disposición citada establece el impedimento de contratación no en el hecho mismo de tener un grado de parentesco con algún funcionario de la entidad a la que se está postulando, sino que la restringe respecto de aquellos funcionarios y servidores que ejercen facultades de contratación de personal o tienen una injerencia directa o



³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC: "Este Tribunal ha afirmado que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la observancia del principio de legalidad. Al lado de esta garantía normativa de los derechos fundamentales, el último párrafo del artículo 200° de la Constitución ha establecido la necesidad de que tal restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad" (FFJJ N° 6). (énfasis nuestro)



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 Integración Nacional y el Reconocimiento de Nuestra Diversidad"

indirecta- en el referido proceso de contratación. Con ello se busca establecer una limitación razonable y proporcional al ejercicio del derecho fundamental involucrado (derecho al trabajo) y proteger los intereses de la administración pública (respeto a los principios de mérito e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo público).


Por lo antes señalado, consideramos que deben preferirse las normas que de manera especial regulen las prohibiciones e incompatibilidades del Servicio Civil (como la Ley N° 26771), por sobre las normas que obedecen a la contratación de servicios – y no de personal – del Estado.

III Conclusiones

- 3.1 El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, establece que las personas con impedimento expreso en las normas pertinentes para ser postor o contratista, no pueden suscribir el contrato administrativo de servicios.
- 3.2 De acuerdo con Tribunal Constitucional, la legitimidad de las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales se evalúa, no solo en atención al respeto del principio de legalidad, sino también a que la restricción satisfaga exigencias de razonabilidad y proporcionalidad.
- 3.3 En ese sentido, consideramos que deben preferirse las normas que de manera especial regulen las prohibiciones e incompatibilidades del Servicio Civil (como la Ley N° 26771), por sobre las normas que obedecen a la contratación de servicios en el Estado.

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

OAJ/MMC/mro

D:/Documentos Servir/mrivera/Informes/2012/IL- Impedimentos para contratar con el Estado