



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, 28 MAR 2012

OFICIO Nº 406 -2012-SERVIR/PE

Señora
ARACELLI LACA RAMOS
Secretaria General (e)
PROMPERU
Presente.-

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

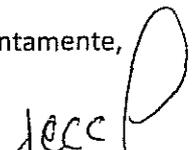
Referencia : Oficio Nº 048.2012/PROMPERU/SG

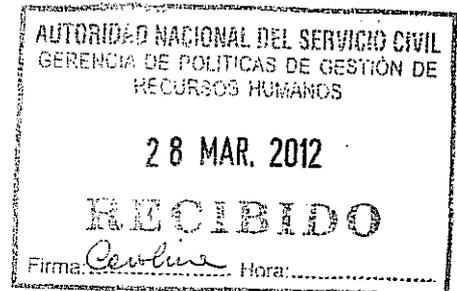
Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual consulta si un trabajador con Contrato Administrativo de Servicio (CAS) se encuentra impedido de postular a una convocatoria CAS ante la misma Entidad en la que presta sus servicios, en aplicación del artículo 10 literal d) del Decreto Legislativo Nº 1017.

Al respecto, le remito el Informe Legal Nº 268-2012-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 BARCELÉN
Presidente Ejecutivo
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL





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° 268-2012-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° 048.2012/PROMPERU/SG

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

Fecha : Lima, **19 MAR 2012**



Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por medio del cual la Secretaria General (e) de la Comisión de Promoción del Perú para la Exportación y el Turismo-PromPerú nos consulta si un trabajador con Contrato Administrativo de Servicio (CAS) se encuentra impedido de postular a una convocatoria CAS ante la misma Entidad en la que presta sus servicios, en aplicación del artículo 10 literal d) del Decreto Legislativo N° 1017.

Al respecto, expresamos lo siguiente:

I Base legal

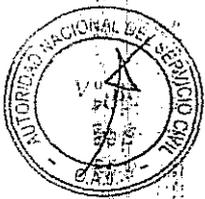
1.1 El Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM -modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM- establece los impedimentos para contratar en el referido régimen (el énfasis es agregado):

"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:(el énfasis es agregado):

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





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"

(...)

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;
(...)".

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.

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.

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).

- 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.

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, los servidores públicos de una entidad, cualquiera sea el régimen laboral bajo el que se encuentren, que postulan a un proceso de selección convocado por esa misma entidad, no podrían ser contratados en esa misma entidad bajo el régimen de contratación administrativa de servicios. Así tenemos el siguiente ejemplo:

- Un profesional bajo el régimen CAS que postula a un proceso de selección convocado por la misma entidad donde presta servicios, para ser contratado en un puesto de trabajo, también bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, se encontraría impedido de suscribir el contrato respectivo (en caso de resultar ganador del proceso) por el hecho de ser servidor público y a pesar de cumplir con el perfil solicitado en el concurso.

- 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 cumpla con el perfil requerido en una convocatoria de contratación CAS, por el hecho de ser servidor, se estaría limitando derechos constitucionales como es el derecho al trabajo y la libertad de contratación. Aún más cuando esta prohibición basada en su calidad de servidor no está vinculada con la actividad laboral que realizarían los trabajadores.

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.





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 proporcionalidad².

- 2.10 En ese sentido, las limitaciones señaladas en el artículo 4º del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 deben ser interpretadas razonable y proporcionalmente con respecto 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). Con ello se busca asegurar el derecho al trabajo del servidor público.
- 2.11 De igual manera, debe tenerse en cuenta que el régimen CAS se encuentra estructurado en base a puestos, que son creados por las entidades de acuerdo a sus necesidades. Desde esa perspectiva, no existe incompatibilidad para que el personal sujeto a dicho régimen decida cambiar de puesto, esto es, pasar de a uno de igual o mayor jerarquía, responsabilidad y complejidad y mejorar sus condiciones económicas, siempre que reúna el perfil requerido y se respeten los principios de mérito y capacidad.
- 2.12 En ese sentido, debe interpretarse que la prohibición contemplada en el artículo 4º del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 no está referida a la postulación de un servidor en el proceso de una convocatoria CAS, sino que la prohibición está dirigida a la suscripción del contrato cuando aún se mantiene una relación laboral con la entidad a la que postula. Asimismo, lo señalado se condice con la prohibición de doble percepción, establecido en el artículo 3º de la Ley N° 28175, de tal manera que debe evitarse que el servidor pueda mantener dos vínculos laborales.

En efecto, un servidor que ha postulado a una convocatoria CAS en la misma entidad que labora bajo un contrato CAS, y gana el concurso, debe renunciar al primer vínculo que tiene con la entidad antes de suscribir el nuevo contrato.

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 el 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.

² 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 200º 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"

3.3 Los servidores públicos pueden participar de una convocatoria de contrato administrativo de servicio y ser contratados (de resultar ganador) en la misma entidad en la que realiza su prestación de servicio.

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 MENDOZA CASTELO~~
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

OAJ/MMC/gcl

D:/Mis doc/archivos 2012/Informes legales (IL)/ IL-Impedimentos para contratar-CAS