



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional del Servicio Civil

Oficina de Asesoría Jurídica

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

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS

03 MAR. 2010

RECIBIDO

Firma: *Rosari* Hora: 4:41 pm

INFORME LEGAL N° 051-2010-SERVIR/GG-OAJ

A : **BEATRIZ ROBLES CAHUAS**
Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

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

Asunto : Opinión sobre proyecto de ley N° 3526/2009-CR, por el que se plantea modificar el Decreto Legislativo N° 1057, que regula la contratación administrativa de servicios.

Referencia : Oficio Múltiple N° 1190-2009-PCM/SG-OCP

Descriptor : a) Competencia de SERVIR
b) Atribución de carácter laboral y temporal al régimen de contratación administrativa de servicios
c) Duración del contrato administrativo de servicios
d) Protección ante la resolución unilateral del contrato administrativo de servicios
e) Mejora progresiva del derecho al descanso anual y acceso progresivo a derechos de contenido económico

Fecha : Lima, 03 MAR 2010



Tengo el agrado de dirigirme a usted, a fin de dar atención al documento de la referencia, por el cual la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros requiere la opinión de SERVIR sobre el proyecto de ley N° 3526/2009-CR, que plantea modificar diversas disposiciones del Decreto Legislativo N° 1057, que regula la contratación administrativa de servicios.

Al respecto, le expreso lo siguiente:

I. Base legal y antecedentes

1.1. El Decreto Legislativo N° 1057 instituye la contratación administrativa de servicios como una modalidad especial de contratación, propia del derecho administrativo y privativa del Estado, regulada específicamente por dicha norma y no sujeta a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

1.2. Mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM se aprobó el reglamento de dicho Decreto Legislativo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

- 1.3. La propuesta plantea la modificación de diversos aspectos del anotado régimen, referidos:
- al reconocimiento de su carácter laboral y transitorio,
 - a la duración del contrato administrativo de servicios,
 - a la protección ante la resolución unilateral del contrato administrativo de servicios, y
 - a la mejora progresiva del derecho al descanso anual y acceso progresivo a derechos de contenido económico.

II. Análisis

2.1. Competencia de SERVIR para la emisión de opinión sobre propuestas normativas

El Decreto Legislativo N° 1023 ha creado a SERVIR como un Organismo Técnico Especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.

En esa línea, ha atribuido a este organismo, entre otras funciones, la de emitir opinión previa a la expedición de normas de alcance nacional relacionadas con el ámbito del referido sistema, el que de acuerdo al mismo dispositivo, es el que establece, desarrolla y ejecuta la política de Estado respecto del servicio civil, y comprende el conjunto de normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas utilizados por las entidades del sector público en la gestión de los recursos humanos.

Así, la presente opinión se enmarca estrictamente en las competencias atribuidas a SERVIR y se emite sin perjuicio de la que pudiera corresponder, en su respectivo ámbito, al Ministerio de Economía y Finanzas, dado el impacto económico – financiero de las modificaciones planteadas.

2.2. Propuesta de atribución de carácter laboral y temporal al régimen de contratación administrativa de servicios

Como se ha dicho, en el contexto actual, este régimen se encuentra establecido como una modalidad especial de contratación, propia del derecho administrativo y privativa del Estado, cuya regulación no se sujeta a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

El proyecto propone variar dicha situación, atribuyendo carácter laboral especial a esta modalidad y estableciendo su vocación de temporalidad, al disponer la incorporación progresiva al régimen de carrera pública de las personas contratadas, compatible con los principios de mérito e igualdad de oportunidad en el acceso al empleo público. Estos cambios, según se expone, responden a la necesidad de alinear el régimen a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, en función de los que los regímenes laborales especiales deben ser transitorios, y a la de respetar el principio de igualdad.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

Al respecto, consideramos necesario tener en cuenta lo siguiente:

La Ley Marco del Empleo Público, N° 28175, regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público.

En tal regulación se parte de la premisa que la configuración válida de la relación Estado – empleado (salvo en los supuestos de libre designación) implica que el acceso de éste al empleo se haya realizado mediante concurso público y abierto, en base a los principios de mérito y capacidad, y dentro en un régimen de igualdad de oportunidades. De ahí que el artículo 9º de dicho dispositivo establece que la inobservancia de las normas de acceso vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida; y sanciona con nulidad al acto administrativo que las contravenga, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de quien lo promueva, ordena o permita.

En este sentido, puede entenderse que la creación del régimen de contratación administrativa de servicios como una modalidad especial desprovista de carácter laboral, se justifica en tanto dicho sistema supone la posibilidad de incorporar personas para cubrir las necesidades de las diversas entidades, sin la exigencia de haber transitado por un concurso público de méritos (elemento determinante para la existencia de una relación válida de empleo público).

Al respecto, importa considerar que si bien en el régimen de contratación administrativa existe un procedimiento de selección, éste no puede ser equiparado a un concurso público de méritos, en sentido estricto, que supone no sólo una convocatoria pública, sino un sistema de selección mucho más estructurado, con una organización más rigurosa, y que incluye una serie de filtros estrictos por los que atraviesan los postulantes.

En este orden de ideas, cabe también tener en cuenta que la dación del Decreto Legislativo N° 1057 respondió a la necesidad de hacer frente a la situación que durante los últimos años se venía produciendo en las diversas entidades de la administración pública, determinada por el uso generalizado de formas de contratación que, además de no garantizar que el ingreso de personas se realizara respetando los principios de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, no les reconocían un mínimo de derechos.

Así, en los términos de la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1057¹, con su emisión, entre otros aspectos, se buscó establecer una fórmula normativa especial con el propósito de reconocer derechos fundamentales a las personas que habían venido prestando servicios al Estado bajo modalidades especiales (como los servicios no personales), que, en ese sentido:

¹ Cuyo texto puede encontrarse en la siguiente dirección: http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1057.pdf.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

- permita el acceso a la seguridad social tanto en materia asistencial cuanto pensionaria,
- reconozca derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política y en instrumentos internacionales, y
- dote de una normativa apropiada a las formas contractuales que hasta la fecha no habían sido reguladas por norma alguna.

De este modo, la contratación administrativa se constituye en una modalidad no laboral, enmarcada en una política pública orientada a formalizar relaciones de prestación de servicios que no habían venido siendo manejadas de manera adecuada, mediante el establecimiento de reglas especiales que doten del marco necesario.

No obstante, si bien concordamos con la propuesta en el sentido de dotar al régimen de contratación administrativa de servicios de un carácter laboral especial, disentimos con ella en cuanto establece que la incorporación de los contratados se debería efectuar de manera progresiva al régimen de carrera pública.



Al respecto, creemos que la incorporación a un régimen de carrera o la redefinición del régimen laboral que se pretende, o la inclusión en un régimen de servicio civil, debería hacerse en el marco de una revisión integral de los regímenes aplicables al Estado, y a una planificación basada en criterios técnicos y objetivos, bajo un proceso de selección y organización mucho más estructurado que el que actualmente rige para la contratación administrativa, y que incluya una serie de filtros estrictos por los que atraviesen los postulantes, proceso de selección en el que, sin duda, los CAS podrían participar.

De otro lado, estimamos conveniente que, calificándose como un régimen laboral especial, se le atribuya un plazo cierto de existencia. La determinación precisa del mismo corresponderá al legislador. Cabe considerar al respecto, que la vigencia de este régimen y las sucesivas renovaciones o prórrogas contractuales que en su marco se efectúen no generarán, por sí, un cambio condición de los contratados, ni el derecho a acceder al régimen nuevo (el de carrera, por ejemplo), pues ello se supeditaría a la exigencia expresada en las líneas previas.

2.3. Duración del contrato administrativo de servicios

En el régimen actual no existe una disposición que establezca la duración exacta que debe tener este contrato. El Decreto Legislativo y su Reglamento, en su artículo 5º se limitan a establecer algunas reglas generales al respecto: que dicho contrato se celebra a plazo determinado, que su duración no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del que se efectúa la contratación, y que puede ser



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades (debiendo cada prórroga o renovación respetar el límite que constituye el año fiscal).

La propuesta plantea establecer de manera expresa que la duración del contrato debe ser igual *"al periodo comprendido entre la fecha de contratación y la culminación del año fiscal respectivo"*.

Consideramos que una regla de tal rigidez generaría inconvenientes operativos, en tanto impondría a las entidades la obligación de celebrar contratos hasta el vencimiento del ejercicio presupuestal, prescindiendo considerar el plazo real por el que se extienda la necesidad de contar con la persona contratada, que podría ser menor. Así, por ejemplo, de requerirse de una contratación para reemplazar a un contratado que se encuentre en alguna situación de suspensión contractual durante los dos primeros meses del año, la aplicación de la norma planteada exigiría que la entidad contrate a un reemplazante durante todo el ejercicio presupuestal, esto es, que mantenga con él la vinculación incluso en los meses en que la necesidad institucional ha desaparecido.

Estimamos, por ello, que esta propuesta no es atendible.

Creemos que, conciliándose con el tratamiento vigente, debería incluirse una modificación que si bien permita a las entidades gestionar la duración de sus contratos en atención a sus reales necesidades, establezca un número máximo de ampliaciones de plazo (renovación, tratándose de contratos cuyo plazo se desea ampliar para el ejercicio presupuestal siguiente; o prórroga, tratándose de contratos cuyo plazo vaya a ser ampliado durante el ejercicio), número que, desde nuestro punto de vista, podría ser dos por cada año. Así, si el contratado ingresó en el cuarto mes del año, por ejemplo, la entidad debería considerar al fijar del plazo inicial, que éste solamente podrá ser ampliado (vía prórroga) dos veces en ese ejercicio. Y si el contratado estuvo laborando en un ejercicio presupuestal anterior, la entidad debería programar la ampliación del plazo considerando que, además de la renovación que extienda el contrato hacia el nuevo ejercicio, durante éste solamente podrá realizar una prórroga. Así, se promovería que las instituciones planifiquen las contrataciones administrativas a realizar o mantener, de manera que su plazo esté ligado al tiempo efectivo por el que se requiera el servicio, proscribiendo aquella práctica de efectuar prorrogas mensuales o por plazos menores, que además de complicar la gestión interna, traduce una inexistente o deficiente organización.

2.4. Protección ante la resolución unilateral del contrato administrativo de servicios

El Reglamento del D.L. 1057 ha previsto (literal f del numeral 13.1 y numerales 13.2 y 13.3) un sistema de protección, en virtud del cual la decisión unilateral de la entidad contratante solamente puede extinguir dicho contrato si está sustentada en el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del mismo o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas.

Se ha establecido que para la aplicación de esta causal, la entidad contratante debe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

observar un procedimiento que consiste en imputar al contratado el incumplimiento advertido mediante una notificación, conferirle un plazo para que formule su descargo, y comunicarle luego su decisión, en forma motivada y según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, agotando con ello la vía administrativa.

Como mecanismo reparador ante resoluciones incausadas, se ha normado que cuando el contrato administrativo es resuelto por la entidad de manera unilateral y sin mediar incumplimiento del contratado, el juez puede aplicar una penalidad equivalente a las contraprestaciones dejadas de percibir, hasta un importe máximo equivalente a dos (2) meses.

El proyecto plantea migrar hacia un sistema de protección en el que se confiera al prestador de servicios el derecho a la indemnización por despido prevista en el régimen laboral de la actividad privada, en dos situaciones:

- Cuando la entidad resuelva unilateralmente el contrato antes del vencimiento del plazo pactado sin mediar incumplimiento, o,
- Cuando quede demostrado que la no renovación o prórroga del contrato no se base en causa objetiva debidamente acreditada o a exigencias legales de índole presupuestal.



El primer comentario que este planteamiento nos merece es que la eventual modificación del sistema de protección de los contratados ante ceses inmotivados, necesariamente debería enmarcarse en la naturaleza jurídica atribuida a este régimen. Siendo éste un régimen especial, con derechos específicamente determinados, creemos que lo prudente es contar con un sistema también especial de protección, no necesariamente coincidente o equiparado al que opera en el régimen privado. En la propuesta no se explican las razones que justificarían optar por el último modelo, ni las que lleven a descartar la conveniencia del vigente, lo que permite concluir que éste debería mantenerse.

Una siguiente observación tiene que ver con el segundo de los supuestos que se proponen como habilitantes para el reconocimiento de la indemnización propuesta (la no renovación o no prórroga del contrato).

Al respecto, el proyecto parte de una noción equivocada: asumir que no renovar o no prorrogar un contrato administrativo equivale a cesar unilateralmente al contratado.

Esto es incorrecto, porque se desconoce la diferente naturaleza de tales situaciones: mientras en el cese unilateral es la voluntad de la entidad la que determina la extinción de un vínculo que se encuentra vigente (conducta frente a la que se debe prever una reparación); en la no renovación o prórroga lo que ocurre es que se está ante un contrato cuya vigencia ha fenecido por vencimiento del plazo, plazo que las propias partes acordaron voluntariamente y que, en estricto, no tendría que generar en el contratado alguna expectativa de renovación o de prórroga, ni menos considerarse las ampliaciones del mismo un derecho de aquél, desde que su ingreso no ha sido por un concurso público de méritos, en los términos expresados en el punto 2.2 del presente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

En ese sentido, consideramos inconveniente que la decisión de las entidades de no prorrogar o no renovar determinados contratos pueda generar los mismos efectos que un cese unilateral injustificado; sugiriendo en este punto mantener la regulación vigente.

De otro lado, obligar a renovar o prorrogar contratos podría dar la idea de que se está ante una modalidad permanente de contratación, y no temporal, como creemos debería asumirse.

2.5. Mejora progresiva del derecho al descanso anual y acceso progresivo a derechos de contenido económico

Se plantea que los contratados bajo este régimen tengan derecho a un descanso anual no menor de 15 días ni mayor de 30, de manera progresiva. También, a aguinaldos por fiestas patrias y navidad, y a acceder de modo progresivo a los beneficios sociales contemplados en las normas del régimen de carrera.

El plazo de 15 días de descanso actualmente previsto, guarda estricto respeto por el plazo mínimo de 6 días previsto por el Convenio 52º de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que, desde un punto de vista estrictamente legal no encontramos sustento válido para proponer una ampliación a 30 días calendario.



Reiteramos que todo esfuerzo para el reconocimiento progresivo de derechos, debería apuntar al hecho de que personas contratadas bajo el régimen en cuestión, tengan la posibilidad de postular y eventualmente ingresar a los regímenes respectivos del servicio civil y no a la obtención de parcelas de beneficios sin un marco coherente o integral que las sustente, lo que a la larga generará distorsiones con los otros regímenes que regulan la gestión de recursos humanos en el Estado.

Respecto a los aguinaldos, creemos que tratándose de derechos cuyo origen (a diferencia del anterior) no es constitucional, su establecimiento podría supeditarse a la evaluación presupuestal que efectúe el Ministerio de Economía y Finanzas.

En cuanto a los beneficios sociales del régimen de carrera, debemos reiterar que una disposición así requeriría previamente determinar, en el marco de una reforma integral, cuál debe ser el estatuto definitivo a aplicarse a las personas comprendidas en este régimen.

III Conclusiones

3.1. La configuración de una relación válida de empleo público (salvo en los supuestos de libre designación) supone, entre otros aspectos, que el acceso al empleo se haya producido previo concurso público y abierto, en base a los principios de mérito y capacidad, y dentro en un régimen de igualdad de oportunidades. En este sentido, la creación del régimen de contratación administrativa como una modalidad especial desprovista de carácter laboral, se justifica en tanto dicho régimen facilita la incorporación de personas mediante un



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

proceso especial de selección que carece del rigor de un concurso público de méritos para incorporarse de forma definitiva al servicio civil peruano.

La creación de tal sistema, de otro lado, se inscribe en una política pública orientada a formalizar relaciones de prestación de servicios que no habían venido siendo manejadas de manera adecuada, mediante el establecimiento de reglas especiales.

- 3.2. Respal damos la propuesta de atribuir carácter temporal laboral al régimen, lo que se justifica al tratarse de un sistema especial con el que se ha buscado iniciar un proceso de reordenamiento que se vincule con las normas de desarrollo del servicio civil.
- 3.3 No compartimos la idea de disponer la incorporación de los contratados a un régimen de carrera pública. Su eventual ingreso a un régimen de dichas características, la redefinición del régimen actual, o la inclusión en un régimen de servicio civil, debería hacerse en el marco de una revisión integral de los regímenes aplicables al Estado, y a una planificación basada en criterios técnicos y objetivos. De otro lado, una eventual incorporación debería ir acompañada de la exigencia de un concurso público de méritos, con los controles pertinentes del caso para asegurar su objetividad.



Discordamos con la propuesta de establecer que la duración del contrato debe ser igual *“al periodo comprendido entre la fecha de contratación y la culminación del año fiscal respectivo”*. La rigidez de esta disposición podría generar inconvenientes operativos y llevar a un desajuste entre el plazo de contratación y las reales necesidades institucionales.

Sugerimos prever una regulación intermedia, estableciendo un número máximo de ampliaciones de plazo posibles de efectuar, con la que se promueva que las instituciones planifiquen adecuadamente las contrataciones administrativas que van a realizar o mantener, proscribiendo la práctica de efectuar prorrogas mensuales o por plazos menores, que además de complicar la gestión interna, traduce una inexistente o deficiente organización.

- 3.5. Consideramos que debiera mantenerse el sistema vigente de protección frente a ceses unilaterales injustificados. Siendo la contratación administrativa un modelo especial (y que además debe ser transitorio) es posible, por resultar coherente con ello, mantener un sistema también especial de protección. La propuesta no explica las razones que lleven descartar la conveniencia del régimen actual.
- 3.6. Discrepamos con el planteamiento de atribuir a la decisión de las entidades de no prorrogar o no renovar determinados contratos los mismos efectos que un cese unilateral injustificado, y sugerimos mantener la regulación vigente. Dicha equiparación encerraría un error conceptual, pues en la no renovación o prórroga lo que determina la extinción del vínculo no es la voluntad de la entidad (como ocurre en el otro caso), sino la de ambas partes, que al vincularse contractualmente han fijado la fecha de vencimiento del contrato.
- 3.7. Discrepamos con el incremento progresivo de los días de descanso remunerado (de 15 días a 30), toda vez que, como hemos señalado, el Contrato Administrativo de Servicios debe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

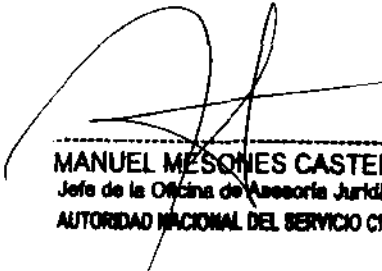
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

tener una regulación especial y diferenciada de otros regímenes; y en todo caso, cualquier esfuerzo para el reconocimiento progresivo de derechos, debería apuntar al hecho de incorporar al personal CAS a los regímenes respectivos del servicio civil y no la obtención de parcelas de beneficios sin un marco coherente o integral que las sustente.

3.8. Respecto a los aguinaldos, debería estarse a la evaluación presupuestal que efectúe el Ministerio de Economía y Finanzas; y en cuanto a los beneficios sociales del régimen de carrera, reiteramos que dicha medida requeriría previamente determinar, en el marco de una reforma integral, cuál debe ser el tratamiento definitivo a aplicarse a las personas comprendidas en este régimen.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de Oficio de respuesta respectivo para vuestra visación de encontrarlo conforme y trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,



MANUEL MESONES CASTELO
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

MMC/apv

D:/Mis doc/archivos 2010/Informes legales (IL)/IL-Proyecto de ley que modifica el Dec. Leg. 1057-PCM.

www.servir.gob.pe

Pasaje Francisco de Zela 150
Piso 10, Jesús María
Lima 11, Perú
T: 51-1-2063370

