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

Lima, 07 SEP 2010

OFICIO N° 472 -2010-SERVIR/PE

Señor
VÍCTOR ENRIQUE CASTRO RAMÍREZ
Pasaje Germán Nº 366 Urb. Villa Campa
Rímac.-

Asunto : Condición de funcionarios

Referencia : Solicitud s/n de fecha 11 de agosto de 2010

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual consulta si los consultores de entidades públicas que son contratados por el Fondo de Apoyo Gerencial – FAG, o por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, son considerados trabajadores o funcionarios públicos.

Al respecto, adjunto al presente el Informe Legal Nº 262-2010-SERVIR/GG-OAJ, de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

NURIA ESPARCH FERNANDEZ
Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Enrique Castro R
07/09/2010

NEF/BRC/MMC/kv
Reg. Nº 6083-2010

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

INFORME LEGAL N° 262 -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 : Respuesta a pedido de opinión sobre condición de funcionarios públicos

Referencia : Solicitud s/n de fecha 11 de agosto de 2010

Descriptor :
a) Competencia de SERVIR
b) Contratación a través del Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público - FAG
c) Contratación a través del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD
d) Consideraciones sobre la condición de funcionario público o servidor público
e) Incompatibilidad de doble percepción de ingresos

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - V° B° - O.A.J. -

Fecha : Lima, 03 SEP 2010

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por medio del cual el ciudadano Víctor Enrique Castro Ramírez consulta si los consultores de entidades públicas que son contratados por el Fondo de Apoyo Gerencial – FAG, o por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo– PNUD, son considerados trabajadores o funcionarios públicos.

Al respecto, le expreso:

I. Base legal

1.1. La Ley Marco del Empleo Público, Ley Nº 28175, establece en los artículos III (Título Preliminar), 1º y 4º lo siguiente:

> ***"Artículo III.- Ámbito de aplicación***
> *La presente Ley regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión del empleo público.*

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

Artículo 1.- Relación Estado-Empleado
Es la relación que vincula al Estado como empleador y a las personas que le prestan servicios remunerados bajo subordinación. Incluye a las relaciones de confianza política originaria.

Artículo 4.- Clasificación
El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:
(...)
2. Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento."

1.2. Por su parte, el Decreto Ley Nº 25650 establece:

"Artículo 1.- Créase el Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público destinado a compensar adecuadamente el asesoramiento calificado que se brinde a las diferentes reparticiones del Estado.
(...)

Artículo 3.- Artículo 3.- El Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público permitirá financiar los gastos de la contratación temporal de servicios profesionales calificados.

Las personas contratadas en aplicación de la presente norma, incluyendo aquellas cuyos contratos sean renovados, no podrán tener vínculo laboral con alguna entidad o empresa del Estado, estar de licencia o en uso de vacaciones.

Las personas contratadas a través del Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público podrán ejercer la función docente, percibir dietas por participación en uno de los directorios de entidades o empresas públicas, o ser pensionista de algún régimen previsional que sea administrado por el Estado, siempre y cuando suspendan su pensión previo a su contratación."

1.3. El Decreto de Urgencia Nº 053-2009, modificatorio de la norma anterior, dispone en su artículo 2.1:

"2.1 La contratación a la que se refiere el artículo 3 del Decreto Ley Nº 25650 y modificatorias, se efectúa mediante la modalidad de locación de servicios, de conformidad con las normas legales vigentes. Dichos contratos no están sujetos a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Legislativo

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

Nº 1017, ni al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, aprobado por el Decreto Legislativo Nº 1057.

Los citados contratos de locación de servicios sólo podrán celebrarse para el desarrollo de asesorías, consultorías y actividad profesional calificada. También podrán celebrarse para el desempeño de cargos de confianza que se requieran, inclusive en los Gobiernos Regionales."

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 a través de una consulta, en una instancia administrativa previa a la adopción de decisiones individuales.

2.3 En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve esta entidad son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos **planteadas entre temas genéricos y vinculados entre sí,** sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por lo tanto, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran ligadas a alguna situación concreta.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - V°B° - OAJ -

Contratación a través del Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público – FAG

2.4. El Decreto Ley Nº 25650 creó este Fondo con el objeto de **compensar adecuadamente el asesoramiento calificado que se brinde a las diferentes reparticiones del Estado,** disponiendo en su artículo 2º que los recursos financieros del mismo son los provenientes de donaciones y aquellos que destine el Tesoro para este fin[1].

El Decreto de Urgencia Nº 053-2009[2] modificó dicha norma en diversos aspectos, estableciendo en su artículo 2º que la contratación a la que se refiere el artículo 3º de aquella, se efectúa mediante la modalidad de locación de servicios, de conformidad con las normas legales vigentes, no estando sujeta a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado ni a la Contratación Administrativa de Servicios; y añadiendo que tales contratos sólo pueden celebrarse para el desarrollo de asesorías, consultorías y actividad profesional calificada o para **el desempeño de cargos de confianza que se requieran[3],** incluso en los Gobiernos Regionales.

---

[1] El Ministerio de Economía y Finanzas firmó una Carta Convenio con PNUD para la ejecución del FAG, Carta cuyo plazo ha sido prorrogado por sucesivas normas emitidas.

[2] De acuerdo al artículo 4º del este Decreto de Urgencia, su vigencia se extendía hasta el 31 de diciembre de 2009. Sin embargo, la Sexagésima Quinta Disposición Final de la Ley Nº 29465, Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2010, la ha ampliado hasta el 31 de diciembre de este año.

[3] Sobre el particular, nos remitimos a la definición de *Empleado de Confianza* contenida en el numeral 2 del artículo 4º de la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público.

Contratación a través del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD

2.5. Este tipo de contratación se vino realizando a partir de la habilitación establecida en diversas leyes de presupuesto para la suscripción de convenios de administración de recursos con organismos internacionales; contexto normativo que ha sido modificado con la Ley de Presupuesto para el presente ejercicio, que en la Undécima Disposición Final **únicamente** ha autorizado al Seguro Social de Salud - Essalud a suscribir convenios de administración de recursos, costos compartidos u otras modalidades similares, con organismos o instituciones internacionales[4].

Consideraciones sobre la condición de funcionario público o servidor público

2.6. Tradicionalmente, se entendía que la calidad de funcionario público se encontrada basada en la existencia de un vínculo laboral o estatutario con el Estado, derivándose de ese vínculo una serie de derechos, deberes y prohibiciones aplicables a quienes ostentan aquella condición.

Esta visión se ha visto atemperada con la existencia, legalmente admitida, de diversas situaciones en que la incorporación de personas al servicio del Estado para el ejercicio de función pública, se produce mediante formas no laborales ni estatutarias, como pueden ser las contrataciones realizadas a través del FAG o el PNUD

En tales casos, importa distinguir, esencialmente, dos situaciones:

- la de quienes son contratados para desempeñar **encargos** específicos y de manera autónoma, y
- la de quienes son contratados para ocupar cargos previstos en los instrumentos de gestión de alguna entidad.

Aún cuando la materia requiere siempre un análisis caso por caso, puede señalarse en líneas generales, que en el primer supuesto, la autonomía con que el contratado realiza las labores objeto de la contratación y el carácter específico de las mismas, determina que dicha persona no asuma la condición de funcionario o servidor público.

No ocurre lo mismo en el segundo supuesto, en el que **las labores ejecutadas suponen el desempeño de función pública**, y como tal, determinan la configuración de una relación funcionarial con el Estado. Sobre el ejercicio de "función pública", conviene recordar el criterio que (a propósito del acceso a ella) ha expuesto el Tribunal Constitucional en la resolución recaída en los expedientes Nº 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, en el sentido que:

> *"Una interpretación constitucionalmente adecuada del concepto "función pública" exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del*

[4] El Decreto de Urgencia Nº 013-2010 ha incorporado en los alcances de esta disposición al Ministerio de Relaciones Exteriores con el objeto de llevar a cabo la construcción e implementación del *"Museo de la Memoria"*.

> *Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente."* (fundamento 52)[5].

2.7. La doctrina argentina ha admitido la dualidad de supuestos mencionada, reconociendo las diversas consecuencias que emergen de cada uno. En un pronunciamiento, citado por GORDILLO, la Procuración del Tesoro de la Nación de dicho país (órgano del Estado argentino que entre otras funciones tienen la de brindar asesoramiento jurídico al Poder Ejecutivo Nacional) ha sostenido:

> *"Un personal contratado puede encontrarse en dos status diferentes. En un caso, revisten como incorporados a los cuadros de la administración investiendo una verdadera condición de funcionarios o empleados públicos y, en el otro aunque llamados a colaborar en la prestación de un servicio público mediante el contrato, no se les atribuye aquella condición. Resulta evidente que los contratados de la primera categoría [...] se hallan equiparados en un todo al resto del personal administrativo".*[6]

Incompatibilidad de doble percepción de ingresos

2.8 Otro tema a tratar está referido a la posibilidad de que un contratado por el FAG perciba otros ingresos del Estado.

Al respecto, cabe considerar que el propio de Decreto Ley Nº 25650 ha establecido en su artículo 3º (modificado por el Decreto de Urgencia Nº 053-2009) que los contratados por dicho Fondo no pueden tener vínculo laboral con alguna entidad o empresa del Estado, estar de licencia o en uso de vacaciones; permitiendo, empero: i) el ejercicio de la función docente, ii) la percepción de dietas por participación en uno de los directorios de entidades o empresas públicas, o iii) ser pensionista de algún régimen previsional que sea administrado por el Estado, siempre y cuando suspendan su pensión previo a su contratación.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V° B° O.A.J.

Ésta es la disposición que, por tener carácter especial, debe ser tomada en cuenta en primer lugar, con relación a quienes son contratados en el marco de dicha norma.

2.9 Respecto a quienes fueron contratados por el PNUD, la posibilidad de realizar otra actividad retribuida en el Sector Público debe examinarse **teniéndose en cuenta las reglas que sobre el particular tuviese establecidas dicho organismo.**

Así, entre otros aspectos, debe considerarse que el vigente Manual de Gestión de Proyectos de Cooperación Técnica del mencionado organismo (sección Recursos Humanos)[7], establece los criterios generales de contratación, expresando que:

---

[5] Según el fundamento 51 de la misma resolución, la función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada.

[6] GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo,* Tomo 1, Parte General, ARA Editores, 7ma edición, Lima, 2003, p.p. XIII-6 y XIII-7.

[7] PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO – PNUD, *Manual de Gestión de Proyectos de Cooperación Técnica, Recursos Humanos.* Página web consultada el 26 de agosto de 2010: http://www.pnud.org.pe/ManualGestion/Docs/RRHH/03%20-%2001%20-%20Capitulo%203%20-%20Recursos%20Humanos%201-formato.pdf

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

> *"La política del PNUD es no debilitar a los organismos internacionales o al Gobierno contratando a funcionarios del Estado o de gobiernos departamentales, entes, y servicios descentralizados, cualquiera sea la naturaleza del vínculo (remunerado o no) o contratado bajo cualquier modalidad por dichas personas públicas y estatales"* (último párrafo del numeral 5).

Y que:

> *"Sí es admisible la contratación de aquellas personas cuyo vínculo con el Estado en sentido amplio esté dado exclusivamente por su condición de docente de la enseñanza pública con dedicación simple"* (numeral 6).

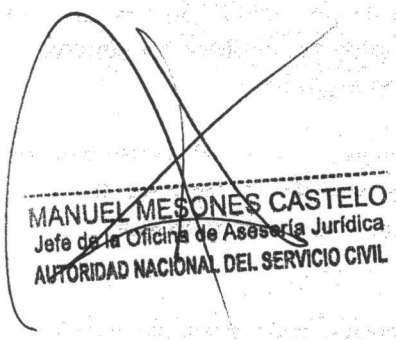
III Conclusiones

3.1. La condición de funcionario o servidor público se encuentra fundamentalmente determinada por el ejercicio de función pública, y no sólo por el carácter laboral o estatutario del vínculo que enlace a una persona con el Estado.

3.2. Con relación a los contratados a través del FAG, deben considerarse las limitaciones que el propio Decreto Ley Nº 25650 establece respecto a la realización de otras actividades retribuidas en el Estado, y con relación a los contratados por el PNUD, las reglas sobre contratación que dicho organismo tiene establecidas.

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,



MMC/apv
D:/Mis doc/archivos 2010/Informes legales (IL)/ IL-PNUD - FAG-Castro (2)