"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la consolidación del Mar de Grau"

INFORME TÉCNICO Nº 103 -2016-SERVIR/GPGSC

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
PRESIDENCIA EJECUTIVA
FECHA 27 ENE 2016 HORA 11:30
FIRMA

A : JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN
Presidente Ejecutivo

De : CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Nepotismo en contratos de locación de servicios

Referencia : Carta Nº 006-2016-JGNF

Fecha : Lima, 27 ENE. 2016

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia opinión sobre la configuración de los actos de nepotismo respecto de los contratos de locación de servicios.

II. Análisis

Competencias de SERVIR y delimitación de la presente consulta

2.1 Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del Servicio Civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al Servicio Civil, entre otras, emita de manera progresiva.

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 competencias se encuentre el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada Entidad.

2.2 En ese sentido, debe indicarse 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, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por lo tanto, con relación a la opinión solicitada, precisamos que la misma estará referida a la normativa relativa a la prohibición de nepotismo, y no sobre los hechos particulares descritos en el documento de la referencia.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL · GPGSC · V°B° CSU

Nepotismo y locación u órdenes de servicio

2.3 Sobre este punto, cabe señalar como premisa que si bien el Decreto Legislativo Nº 1057 estableció la prohibición de seguir utilizando la figura de los contratos por servicios no personales[1], pues la Cuarta Disposición Complementaria Final del mencionado Decreto señaló

[1] Tipo de contrato que no tiene reconocimiento legal expreso, se trata de un modalidad atípica de contratación personal en las entidades estatales que constituyó una práctica común en la Administración Pública durante la década de los 90 en adelante (Cfr. Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central (Decreto Supremo Nº 004-2001-TR), *Informe de la Comisión Multisectorial Encargada de Estudiar la Situación del Personal de la Administración Pública Central (Resumen Ejecutivo)*, acápite 4.3.).

que *"Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales (...)"*, subsistió la competencia de las entidades públicas para suscribir contratos de locación de servicios o emitir órdenes de servicios con la finalidad de abastecerse de servicios de carácter eventual y no subordinado.

Sobre el particular, el Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM, dispone que las entidades públicas solo pueden contratar personas naturales bajo la figura de locación de servicios prevista en el artículo 1764 del Código Civil y sus normas complementarias, para realizar laboral no subordinadas. Lo que implica que su uso no está prohibido, sino limitado a determinadas condiciones, lo que guarda concordancia con lo dispuesto en las leyes de presupuesto anual al indicar el monto máximo por concepto de honorarios mensuales de este tipo de contratación[2].

2.4 En ese escenario, la Ley Nº 30294, Ley que modifica el artículo 1 de la Ley Nº 26771, extiende la prohibición de ejercer facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público en caso de parentesco, a la suscripción de contratos de locación de servicios, contratos de consultoría, y otros de naturaleza similar.

2.5 La norma busca impedir la incorporación de personal a la Administración Pública sustentada en la cercanía familiar que pudiera existir con el funcionario o servidor competente para contratar o con capacidad para influir sobre quien puede hacerlo, de allí que se proscriba el nombramiento o contratación del pariente por consanguinidad o afinidad e, incluso, del cónyuge.

La justificación de esta prohibición se encuentra expresada en los considerandos de la norma reglamentaria al señalarse que *"el nepotismo constituye una práctica inadecuada que propicia el conflicto de intereses entre el interés personal y el servicio público; restringe el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, la dificultad que las entidades públicas puedan cumplir objetivamente con las funciones para las que fueron creadas; debilita un ambiente saludable para el control interno y para la evaluación; e incluso perturba la disciplina laboral debido a la falta de imparcialidad del superior para ejercer su potestad de mando en un plano de igualdad sobre los servidores vinculados familiarmente con los funcionarios con poder de decisión."*

Configuración del acto de nepotismo

2.6 Sobre este otro punto, el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 26771, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2000-PCM, señala lo siguiente:

"Se configura el acto de nepotismo, descrito en el Artículo 1 de la Ley cuando los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de la Entidad ejerzan su facultad de nombramiento y contratación de personal respecto de parientes hasta el cuarto grado de consaguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio; o cuando los funcionarios descritos precedentemente ejerzan injerencia directa o indirecta en el nombramiento y contratación de personal.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe injerencia directa cuando el funcionario de dirección o de confianza que guarda el parentesco indicado tiene un cargo superior a aquél que tiene la facultad de nombrar o contratar al personal, al interior de su Entidad.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL VºBº GPGSC

[2] Por ejemplo, el artículo 10.3 de la Ley Nº 30281, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015.

Entiéndase por injerencia indirecta aquella que no estando comprendida en el supuesto contenido en el párrafo anterior, es ejercida por un funcionario de dirección y/o confianza que sin formar parte de la Entidad en la que se realizó la contratación o el nombramiento tiene, por razón de sus funciones, alguna injerencia en quienes toman o adoptan la decisión de contratar o nombrar en la Entidad correspondiente."

2.7 De lo descrito en el citado artículo y lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Nº 26771, podemos señalar que estamos frente a un acto de nepotismo en los siguientes casos:

a) Un funcionario o servidor público con facultad de nombramiento y/o contratación de personal (lo cual incluye la suscripción de contratos de locación de servicios), la ejerce respecto de un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho o convivencia.

b) Cuando el funcionario o servidor, sin contar con la facultad de nombramiento y/o contratación de personal, ejerce injerencia directa o indirecta en dicho nombramiento, contratación y/o suscripción de contrato de locación de servicio u orden de servicio.

2.8 Ahora bien, el supuesto "b)" se produce cuando el funcionario o servidor que a pesar de no tener directamente dentro de sus potestades, la facultad de nombramiento y/o contratación de personal, tiene alguna injerencia en la contratación de este. Al respecto, se establecen dos supuestos denominados de injerencia directa o indirecta:

* Injerencia directa: esta se presume, salvo prueba en contrario, cuando el funcionario o servidor que guarda el parentesco indicado tiene un puesto superior a aquél que tiene facultad de nombramiento y/o contratación de personal, al interior de su entidad.

* Injerencia indirecta: cuando el funcionario o servidor público que sin formar parte de la entidad en la que se realizó el nombramiento o contratación tiene, por razón de sus funciones, alguna injerencia en quienes toman o adoptan la decisión de nombrar o contratar al personal de la entidad.

2.9 Respecto a la injerencia directa, debe tener en cuenta lo expresado en el Informe Legal Nº 104-2010-SERVIR/GG-OAJ (disponible en: www.servir.gob.pe), en el que se indicó que una evidencia de influencia de una persona respecto de otra, es la relación de jerarquía o subordinación que existe entre las mismas, en virtud de la cual, la primera puede *"supervisar su labor, dirigirla y eventualmente sancionarla o corregirla cuando el caso lo amerite"*.

Agrega dicho informe: *"Por ello, independientemente de la clasificación de dicho cargo dentro del empleo público o cualquier otra norma del servicio civil, consideramos que para efectos de las normas de nepotismo, se encuentra comprendido en las limitaciones de la Ley Nº 26771 y su reglamento, aquellas personas que dentro de la estructura jerárquica de la organización, ejercen influencia en los funcionarios o profesionales que tienen entre sus funciones, convocar, seleccionar, evaluar, y contratar al personal de la entidad"*.

De esta manera, corresponderá a las entidades públicas contratantes verificar si dentro de las competencias del personal que ocupa cargos directivos y/o de confianza, se encuentra la evaluación, supervisión y eventual cuestionamientos a las autoridades que, dentro de la organización tienen la facultad de decidir o contratar al personal de la entidad, de manera tal que puedan ejercer algún nivel de influencia en la gestión de dichos funcionarios.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL · GPGSC · V°B° CSU

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la consolidación del Mar de Grau"

2.10 Considerando que la prohibición analizada alcanza a la contratación y/o suscripción de contrato de locación de servicio u orden de servicios, en dicho supuesto se debe observar, además, las disposiciones sobre Contrataciones del Estado a fin de determinar los órganos y autoridades que participan en las contrataciones.

Regulación del nepotismo en la Ley del Servicio Civil

2.11 Finalmente, el 14 de junio de 2013 entraron en vigencia los Reglamento de la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil, con lo cual dicha norma entra en plena vigencia. Al respecto, el artículo 83 de la Ley Nº 30057, así como el artículo 160 de su reglamento general (Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM), establecen la regulación de los actos de nepotismo, la misma que será aplicable a los servidores civiles que ingresen, de manera voluntaria y previo concurso público de méritos, al nuevo régimen.

III. Conclusiones

3.1 Estamos frente a un acto de nepotismo, cuando el funcionario, directivo, servidor y funcionario de confianza tiene dentro de sus facultades la potestad de hacer efectivo el nombramiento o la contratación de personal, realizándola a favor de algún pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio y unión de hecho; o cuando ejerce alguna injerencia directa o indirecta en el nombramiento y/o contratación de dicho personal.

Dicha prohibición se extiende a la suscripción de contratos locación, de consultorías y de naturaleza similar.

3.2 Corresponde a cada entidad pública contratante verificar si dentro de las competencias del personal que ocupa cargos directivos y/o de confianza, se encuentra la evaluación, supervisión y eventual cuestionamientos a las autoridades que, dentro de la organización tienen la facultad de decidir o contratar al personal de la entidad, de manera tal que puedan ejercer algún nivel de influencia en la gestión de dichos funcionarios.

3.3 Debido a que la prohibición bajo análisis se extiende a la suscripción de contratos locación, de consultorías y de naturaleza similar, en ese caso particular para determinar si se está o no frente a un acto de nepotismo, los hechos deben ser analizados, además, con lo dispuesto en el marco normativo en materia de Contrataciones con el Estado para analizar las autoridades y/o órganos que participan en dichas contrataciones.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de oficio respectivo.

Atentamente,

CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

CSL/jjm/vpga
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 informes técnicos\2016