



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria”

INFORME TÉCNICO N° 828-2013-SERVIR/GPGSC

A : **JUAN CARLOS CORTÉS CARCELÉN**
Presidente Ejecutivo

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

Asunto : Contratación de extranjeros mediante el régimen de contratación administrativa de servicios

Referencia : Oficio N° 00082-2013-SUNASA/OGA

Fecha : Lima, 23 DIC. 2013



I. Objeto de la Consulta

Mediante el documento de la referencia, la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud solicita opinión sobre la contratación de personal extranjero mediante el régimen especial de contratación administrativa de servicios, teniendo en cuenta que existe un convenio bilateral entre el Perú y el país de procedencia de dicho extranjero.

De modo preliminar, cabe señalar que la presente opinión tiene carácter vinculante, al haber sido aprobada por el Consejo Directivo de SERVIR en sesión realizada el día 20 de diciembre de 2013, de acuerdo a lo establecido en el literal d) del artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1023.

II. Análisis

Sobre el régimen laboral de los extranjeros

2.1. En el Informe Legal N° 342-2012-SERVIR-GPGRH (disponible en: www.servir.gob.pe) se señaló que la legislación nacional establece que la contratación de extranjeros se sujeta al régimen laboral de la actividad privada y que su contrato debe ser autorizado por la autoridad administrativa de trabajo, por lo que éstos no podrían ser contratados bajo el régimen de contratación administrativa de servicios. Este razonamiento se erigió sobre la base del artículo 2 del Decreto Legislativo 689, Ley para la Contratación de trabajadores extranjeros, según el cual:

Artículo 2.- “La contratación de trabajadores extranjeros está sujeta al régimen laboral de la actividad privada y a los límites que establece la presente Ley y sus servicios están comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada. El contrato de trabajo y sus modificaciones deben ser autorizados por la Autoridad Administrativa de Trabajo”.





“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria”

2.2. En dicho informe se indicó que si bien en el régimen de contratación administrativa de servicios no existe una prohibición expresa para la contratación de extranjeros bajo dicho régimen, debe tenerse en cuenta que existe una norma especial que regula la contratación de los mismos, es decir, el Decreto Legislativo N° 689. En consecuencia, dicho informe concluyó que la contratación de personal extranjero en el Estado sólo podía llevarse a cabo mediante el régimen del Decreto Legislativo 728.

Cambio de opinión

2.3. El Decreto Legislativo N° 689, Ley de Contratación para extranjeros está orientado a regular la contratación de personas bajo el ámbito privado. Fue publicado en 1991, y fue emitido en ejercicio de la delegación que hizo el Congreso de la República al Poder Ejecutivo mediante Ley 25327 para legislar en materia de empleo, para promover el acceso masivo al trabajo, crear nuevas oportunidades de empleo y flexibilizar las modalidades de contratación laboral. Esta concepción se apoyó en el artículo 42 de la Constitución Política de 1979, que hacía una clara referencia a las empresas como destinatarias de las limitaciones a la contratación de extranjeros, al disponer que: *“(…) La ley señala la proporción preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso”* (énfasis agregado).

2.4. La Constitución de 1993 no recoge un precepto similar al 42° de la Constitución de 1979. En relación al derecho de acceso a la función pública no restringe el ejercicio de su titularidad a los nacionales peruanos, y excluye de dicha titularidad únicamente a los trabajadores de las empresas públicas.

2.5. El Decreto Legislativo N° 276 (norma publicada en el año 1984) está orientado a regular la contratación de personas bajo el ámbito público. Esta norma, aprobó un marco general para el ingreso de personal en el ámbito público y estableció dos modalidades de ingreso. La primera, referida al ingreso con vocación de permanencia donde dispone que es requisito para el ingreso a la carrera administrativa: “ser ciudadano peruano en ejercicio” (artículo 12, inciso a). En este sentido, el legislador determinó que para la vinculación de una persona con el Estado en el régimen de carrera administrativa, entendiéndose con vocación de permanencia, se exige ser ciudadano peruano en ejercicio. La segunda, referida al ingreso temporal llamada modalidad de contratación, donde no se introduce como requisito que la persona sea ciudadana peruana en ejercicio.

2.6. El Régimen de contratación administrativa de servicios (CAS) se creó en el año 2008 como una forma especial de contratar en el sector público con el propósito de reconocer derechos esenciales (seguridad social en salud, pensiones, descanso anual, limitación del tiempo de trabajo, entre otros) al personal que venía siendo contratado por el Estado bajo el régimen civil de la locación de servicios. La indefinición sobre la naturaleza jurídica específica de esta modalidad de vinculación entre el Estado y sus servidores, determinó que el Tribunal Constitucional interpretase con carácter vinculante que el CAS era una modalidad contractual de carácter laboral para el sector público (STC 002-2010-PI/TC, del 31 de agosto de 2010):





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria”

“31. Por ello, al tomar en cuenta cómo regulan estos sistemas el acceso a la carrera pública (de los Decretos Legislativos 276 y 728) –independientemente del régimen laboral aplicable– y al compararlos con el contenido en el Decreto Legislativo N° 1057, **se advierte que este no es complementario de ninguno de tales regímenes, dado que tiene sus propias reglas de contratación, por lo que se le puede considerar como un sistema de contratación laboral independiente.** (...)”

47. De modo que, a partir de la presente sentencia, el artículo 1º 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” (énfasis agregado).

2.7. Con la Ley N° 29849, el legislador recogió la posición adoptada por el Tribunal Constitucional, modificando el Decreto Legislativo 1057 y estableció su eliminación progresiva.

2.8. En este contexto, el régimen CAS constituye una manera más de contratar servicios subordinados dentro del Estado, y se rige por las normas que específicamente lo componen.

2.9. Si bien el Régimen CAS (Ley y reglamento) no prohíbe la contratación de extranjeros, ni lo permite, es necesario establecer cómo se integra dicho vacío legal.

2.10. Una de las características del CAS, es que sus contratos no son a plazo indeterminado, observan una duración máxima de un año (coincidente con el ejercicio presupuestal) y no existe la obligación en las entidades públicas de renovarlos. Es decir, la contratación vía este régimen no tiene una vocación de permanencia.

2.11. La nacionalidad de la persona, salvo que el legislador considere expresamente lo contrario, no constituye un requisito o condición indispensable para que una persona sea idónea para ingresar al Estado. El contenido mínimo de la condición de servidor público que se infiere del texto constitucional apunta más a una persona que resulte ganadora de un concurso público; en el que se determina que está en condiciones de desempeñar las funciones que le serán encomendadas. Precisamente a ello obedecería que con la Ley del Servicio Civil, Ley 30057, el legislador dispusiera que la nacionalidad peruana sea un requisito para acceder al servicio sólo **“en los casos en que la naturaleza del puesto lo exija, conforme a la Constitución Política del Perú y a las leyes específicas”** (artículo 9, inciso e).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria”

- 2.12. Se observa que ya en el régimen general para el sector público regulado por el DL 276 existía la posibilidad de contratación temporal donde no era requisito ser ciudadano peruano en ejercicio y en el nuevo régimen general para el sector público regulado por la Ley 30057, incluso se dispone la posibilidad de contratar extranjeros para la carrera, léase con vocación de permanencia, restringiéndolo expresamente solo para los casos donde la naturaleza del puesto y la Ley lo exijan.
- 2.13. En atención a lo expuesto, es posible inferir que la contratación de extranjeros en el Estado a través del régimen CAS no contraviene el ordenamiento jurídico.
- 2.14. En adición y desde el punto de vista de la gestión pública, asumir que la contratación de extranjeros bajo el régimen CAS está prohibida, generaría grandes inconvenientes en entidades que carecen de instrumentos de gestión aprobados o que, teniéndolos, no se les ha aprobado el presupuesto para contratar bajo el régimen privado o bajo el 276; y para las que el régimen CAS es, temporalmente, la única opción. Las forzaría a usar modalidades indebidas de contratación, como la locación de servicios; y podría condenarlas a la inactividad administrativa respecto a aquellas funciones de naturaleza especializada para cuyo desempeño el Estado peruano no ha previsto educación profesional.
- 2.15. Finalmente, cabe acotar que cuando las entidades públicas contraten a extranjeros vía CAS deberán tener en consideración en sus procedimientos, los requerimientos específicos establecidos en el Decreto Legislativo N° 703, Ley de Extranjería (por ejemplo, la aprobación previa del contrato por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social o la exigencia de la visa que corresponda) y por el ordenamiento jurídico en materia de extranjería.



Opinión Vinculante

- 2.16. En Sesión N° 005-2013, de fecha 31 de enero del presente año, el Consejo Directivo de SERVIR aprobó los criterios que deberán observarse para la emisión de opiniones con carácter vinculante, los cuales se encuentran delimitados a las siguientes situaciones:
- i) Cuando se advierta que los operadores administrativos aplican con diferentes criterios o interpretan de manera errónea la normativa del Sistema, produciendo efectos distintos para supuestos de hecho que observan las mismas características.
 - ii) Cuando se evidencie la necesidad de interpretar o dotar de contenido a conceptos jurídicos no determinados del Sistema.
 - iii) Cuando se evidencie la existencia de un vacío legal, que de continuar sin regulación, generaría una distorsión de las normas que conforman el Sistema.
 - iv) Cuando se evidencie la necesidad de cambiar una opinión/opinión vinculante.
 - v) Cuando el Consejo Directivo considere necesaria la emisión de una opinión vinculante.
- 2.17. Conforme a ello, se aprecia que los términos de la consulta planteada y de los fundamentos del presente informe, se relacionan directamente con una de las situaciones



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria”

previstas para la emisión de opiniones de carácter vinculante, específicamente, sobre el punto iv) es decir, cuando se evidencie la necesidad de cambiar una opinión.

III. Conclusiones

1. La contratación de extranjeros por medio del régimen de Contratación Administrativa de Servicios no es incompatible con el ordenamiento jurídico peruano. En consecuencia, correspondería poner en consideración del Consejo Directivo la aprobación de este informe como opinión vinculante, en aplicación del numeral iv) del Acuerdo de Consejo Directivo 05-2013.
2. Cuando las entidades públicas contraten a extranjeros vía CAS deberán tener en consideración en sus procedimientos, los requerimientos específicos establecidos en el Decreto Legislativo N° 703, Ley de Extranjería (por ejemplo, la aprobación previa del contrato por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social o la exigencia de la visa que corresponda) y por el ordenamiento jurídico en materia de extranjería.
3. La presente opinión tiene carácter vinculante, al haber sido aprobada por el Consejo Directivo de SERVIR en sesión realizada el día 20 de diciembre de 2013, de acuerdo a lo establecido en el literal d) del artículo 16 del Decreto Legislativo N° 1023.

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