

**PERÚ**Presidencia del
Consejo de MinistrosAutoridad Nacional
del Servicio CivilGerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

Para : **ADA YESENIA PACA PALAO**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De : **ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS**
Coordinador de Soporte y Orientación Legal

Asunto : a) Sobre la naturaleza o carácter de los informes y dictámenes emitidos por autoridades públicas e instituciones privadas
b) Sobre la labor del personal que presta servicios para una entidad pública bajo la modalidad de contratos de consultoría

Referencia : a) Documento con registro N° 017597-2021
b) Documento con registro N° 018214-2021

I. Objeto de la consulta

Mediante los documentos de la referencia, se consulta a SERVIR lo siguiente:

- a. Los informes legales externos (análisis, conclusiones y/o recomendaciones) resultan vinculantes para la entidad y/o al funcionario que los solicita, o, por el contrario, los informes son meramente ilustrativos y en ese contexto, el funcionario mantiene la competencia para tomar una decisión distinta que considere pertinente al caso concreto.
- b. ¿La solicitud de informes legales externos (análisis, conclusiones y/o recomendaciones) resulta indispensable para que el funcionario pueda tomar alguna decisión dentro de su competencia o puede adoptar decisiones funcionales sin contar con esos informes externos?
- c. ¿Los informes de asesores legales externos constituyen una aprobación o una autorización para la decisión que finalmente adopte el funcionario?
- d. ¿Los abogados actuando independientemente o por medio Estudios jurídicos que son contratados mediante ordenes de servicios para formular estos informes legales externas califican como funcionarios y/o servidores públicos según las normas del servicio civil?

II. Análisis**Competencias de SERVIR**

- 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.
- 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 competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte 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** (en adelante SAGRH), planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.

Sobre la naturaleza o carácter de los informes y dictámenes emitidos por autoridades públicas e instituciones privadas

- 2.4. De la revisión del contenido de las primeras consultas se observa que estas tienen como finalidad que SERVIR emita pronunciamiento sobre la validez y el carácter vinculante que tendrían los informes legales que emiten los asesores externos para ilustrar mejor a los funcionarios y/o autoridades de una entidad pública sobre una determinada materia.
- 2.5. Al respecto, debemos tener en consideración que el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG), aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en su artículo 182°, señala que:

“Artículo 182.- Presunción de la calidad de los informes

182.1 Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes.

182.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley”.

- 2.6. Sobre ello, en primer lugar, resulta menester señalar que los informes y dictámenes a los que hace referencia la citada disposición legal, son aquellos que son exclusivamente emitidos por autoridades pertenecientes a la misma entidad o a otra entidad pública (salvo el caso de los colegios profesionales), esto de acuerdo con lo establecido en el 183^{o1} del TUO de la LPAG. En efecto, Morón Urbina² ha señalado sobre el particular lo siguiente:

“[...]

Para apoyar el acierto de la resolución que va a decidir cualquier expediente, el instructor está habilitado para solicitar opiniones técnicas o pareceres a otros, sobre algunos hechos.

Si bien su empleo aparece de modo facultativo, la compleja realidad de la actividad gubernativa hace indispensable requerir opiniones de índole especializada y técnica para sustentar pronunciamientos e incrementar su posibilidad de acierto.

¹ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

Artículo 183.- Petición de informes

183.1 Las entidades sólo solicitan informes que sean preceptivos en la legislación o aquellos que juzguen absolutamente indispensables para el esclarecimiento de la cuestión a resolver. La solicitud debe indicar con precisión y claridad las cuestiones sobre las que se estime necesario su pronunciamiento.

183.2 La solicitud de informes o dictámenes legales es reservada exclusivamente para asuntos en que el fundamento jurídico de la pretensión sea razonablemente discutible, o los hechos sean controvertidos jurídicamente, y que tal situación no pueda ser dilucidada por el propio instructor.

183.3 El informante, dentro de los dos días de recibida, podrá devolver sin informe todo expediente en el que el pedido incumpla los párrafos anteriores, o cuando se aprecie que sólo se requiere confirmación de otros informes o de decisiones ya adoptadas.

^{2 2} MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 12a ed, 2017, pp. 38-39.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Al interior de cualquier entidad pública nacional, desarrollan funciones consultivas por su propia esencia las unidades encargadas del asesoramiento jurídico (en materias legales), las de planeamiento y de presupuesto, entre otras; e incluso pueden colocarse en esta ubicación a otros órganos activos de la Administración Pública cuando puedan brindar información útil para el instructor.

Por su parte, asumen un rol asesor externo fundamental a nuestra Administración Pública las siguientes entidades: los órganos rectores de los sistemas administrativos en las materias de su competencia (las direcciones de Presupuesto, Tesoro y Crédito Público en el Ministerio de Economía y Finanzas; la Contraloría General de la República, la Contaduría Pública de la Nación, etc.), la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia e incluso los colegios profesionales.

De tal manera, el informe o dictamen constituye un antecedente que se incorpora al expediente y aporta a la motivación de la decisión, emitiéndose en ejercicio de una función meramente consultiva no decisoria. [...]. (Énfasis agregado)

- 2.7. Siendo así, teniéndose en cuenta lo anterior, en relación a lo establecido en el artículo 182° del TUO de la LPAG, nótese el carácter facultativo, referencial y no vinculante de dichos informes o dictámenes en general emitidos por las referidas autoridades, salvo disposición legal especial que establezca lo contrario.
- 2.8. De este modo, atendiendo a dicha naturaleza o carácter de los informes y dictámenes emitidos por autoridades públicas y colegios profesionales, puede colegirse que el mismo carácter tendrían los informes técnicos emitidos por instituciones privadas, esto es de naturaleza facultativa y no vinculante, puesto que también cumplirían una función meramente informativa o consultiva y no decisoria en un determinado procedimiento administrativo.

Aunado a ello, debe indicarse que no existe norma legal alguna que disponga a una entidad pública observar obligatoriamente o de manera vinculante un informe técnico emitido por una institución privada.

Sobre la labor del personal que presta servicios para una entidad pública bajo la modalidad de contratos de consultoría

- 2.9 Al respecto, en relación a la última consulta, en primer lugar, debemos indicar de manera general que no toda vinculación con el Estado presupone el ejercicio de una función pública, pues la calidad de funcionario o servidor público se originará en el hecho que una persona realice o no función pública en alguna entidad de la administración pública y no en el tipo de contrato o relación que lo vincule con el Estado.
- 2.10 En ese sentido, la prestación de servicios autónomos realizada por un personal o las consultorías privadas (ambas mediante contratos de locación u órdenes de servicios) que presuponen realizar un servicio específico externo o en un área específica o insertada dentro de una organización estatal, no califica como función pública, sino como la prestación de un servicio de un tercero que una vez agotado el trabajo o actividad específica para el que fue contratado, su relación se extingue.

- 2.11 No obstante, atendiendo a la consulta planteada sobre este extremo, nos remitiremos, en principio, al [Informe Técnico N° 262-2010-SERVIR/GPGSC](#), en el cual se señaló lo siguiente:

"Tradicionalmente, se entendía que la calidad de funcionario público se encontraba 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.*

Aun 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 funcional con el Estado"

- 2.12 Ahora bien, la Ley N° 28715, Ley del Código de Ética de la Función Pública, señala que se considera como empleado público a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado. Consecuentemente, deberá entenderse por funcionario o servidor público a toda persona que realice función pública³, indistintamente de su régimen laboral o modalidad de contratación, previendo una serie de principios, deberes y prohibiciones cuya transgresión podría generar responsabilidad pasible de sanción.

Sobre el particular, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional mediante el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, ha señalado que "(...) *La función pública debe ser entendida como desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. Sobre el particular, cabe mencionar que el Tribunal Constitucional ha sostenido 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 Estado (...)*" agregando además que "(...) *la condición*

³Ley N° 28715, Ley del Código de Ética de la Función Pública
Artículo 2.- Función Pública

A los efectos del presente Código, se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honorario, realizado por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos"



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

de funcionario o servidor público no se identifica, por ejemplo, por un tipo de contrato o vínculo de un trabajador con la Administración Pública, sino por el desempeño de funciones públicas en las entidades del Estado (...)".

- 2.13 En ese sentido, atendiendo a lo desarrollado, puede inferirse que las personas que prestan servicios específicos para una entidad pública, de manera autónoma o a través de una consultoría privada mediante contratos de locación de servicios u órdenes de servicios; no ejercen función pública, por lo que no podrían ser considerados como servidores públicos.

III. Conclusiones

- 3.1 Los informes técnicos emitidos por instituciones privadas tienen naturaleza facultativa y no vinculante para las entidades públicas, puesto que dichos documentos también cumplirían una función meramente informativa o consultiva y no decisoria en un determinado procedimiento administrativo.
- 3.2 No existe norma legal alguna que disponga a una entidad pública observar obligatoriamente o de manera vinculante un informe técnico emitido por una institución privada.
- 3.3 De acuerdo con el criterio jurisprudencial y legal señalado en el presente informe, la prestación de servicios autónomos que realiza un personal o las consultorías privadas (ambas mediante contratos de locación u órdenes de servicios) que presuponen realizar un servicio específico externo o en un área específica o insertada dentro de una organización estatal, no califica como función pública, sino como la prestación de un servicio de un tercero que una vez agotado el trabajo o actividad específica para el que fue contratado, su relación se extingue; por lo que no podrían ser considerados como servidores públicos.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS

Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

AYPP/abs/mma

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: **BLS8MKJ**