



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 de la Universalización de la Salud"

Lima,

INFORME TECNICO N° -2020-SERVIR-GPGSC

De : **CYNTHIA CHEENYI SÚ LAY**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : a) Sobre los impedimentos para contratar bajo el régimen de Contrato Administrativo de Servicios.
b) De la prohibición del acto de nepotismo y su configuración.

Referencia : Oficio N° 007-2020-MDC/A.

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el alcalde la Municipalidad Distrital de Carhuapampa consulta si es posible suscribir un contrato administrativo de servicios (D.L. N° 1057) con una persona que es prima hermana de un regidor.

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR es un organismo 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.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al 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, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.
- 2.3 Considerando lo señalado hasta este punto resulta evidente que no corresponde a SERVIR -a través de una opinión técnica- emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.

Sobre los impedimentos para contratar bajo el régimen de Contrato Administrativo de Servicios

- 2.4 En principio, la Constitución Política reconoce el derecho a trabajar libremente, con sujeción a la Ley¹; sin embargo, como cualquier otro derecho, su ejercicio no es irrestricto, puesto que deben observarse las limitaciones que la Ley establece en atención a otros derechos o intereses que también merecen tutela por parte del ordenamiento jurídico.

¹ Numeral 15 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993.

- 2.5 Así, en el caso del régimen especial de contrato administrativo de servicios (CAS), el artículo 4° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (en adelante, Reglamento CAS) y modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, señala taxativamente los supuestos de impedimento para contratar en el mencionado régimen:

"(...)

*4.1 No pueden celebrar contratos administrativos de servicios las personas con inhabilitación administrativa o judicial para el ejercicio de la profesión, para contratar con el Estado o para desempeñar función pública."*²

*4.2 Están impedidos de ser contratados bajo el régimen de contratación administrativa de servicios quienes tienen impedimento, expresamente previsto por las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, para ser postores o contratistas y/o para postular, acceder o ejercer el servicio, función o cargo convocado por la entidad pública."*³

- 2.6 Ahora bien, se puede advertir que el supuesto de impedimento descrito en el numeral 4.2 del artículo 4° del Reglamento CAS nos remite a las normas de la Ley N° 30225, Ley de contrataciones del Estado (en adelante, LCE) modificada por el Decreto Legislativo N° 1444 (publicada en el Diario Oficial el Peruano el 31 de diciembre de 2018), la cual en su artículo 11° contiene los impedimentos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en procesos de contratación pública.

- 2.7 En esa línea, de acuerdo a los literales a) y h) del numeral 11.1 su artículo 11° de la Ley N° 30225 (modificado por el Decreto Legislativo N° 1444), se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del estado, bajo cualquier régimen legal de contratación -entre otras- las siguientes personas:

"(...)

d) Los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y los Regidores. Tratándose de los Jueces de las Cortes Superiores y de los Alcaldes, el impedimento aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. En el caso de los Regidores el impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo. (...)

h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:

(ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial

² El artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1295, modificado por el Decreto Legislativo 1367, establece las consecuencias de la imposición de las sanciones de destitución o despido, precisando que estas acarrearán la inhabilitación automática para el ejercicio de la función pública y para prestar servicios por cinco (5) años, no pudiendo reingresar a prestar servicios al Estado o a empresa del Estado, bajo cualquier forma o modalidad, por dicho plazo.

³ Impedimentos para ser postor y/o contratista, regulado por el artículo 11° de la Ley N° 30225.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Universalización de la Salud"

mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

(...)"

- 2.8 Bajo ese marco normativo, se advierte que en virtud a la LCE, tanto el cónyuge, el conviviente como los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un Regidor se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en procesos bajo cualquier régimen legal de contratación con el Estado, siempre que su intervención se produjera en el mismo ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.
- 2.9 Consecuentemente, en aplicación del numeral 4.2 del Reglamento CAS, no resulta posible la contratación bajo el régimen CAS del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un Regidor, en la municipalidad a la que dicho regidor ejerce el cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

De la prohibición del acto de nepotismo

- 2.10 La Ley N° 26771, Ley por la que se establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público en casos de parentesco, incorporó al ordenamiento jurídico peruano una regulación específica en materia de nepotismo. Dicha ley fue reglamentada por el Decreto Supremo N° 021-2000-PCM, modificado posteriormente por los Decretos Supremos N° 017-2002-PCM y N° 034-2005-PCM.
- 2.11 El artículo 1 de la mencionada ley, modificada por el artículo único de la Ley N° 30294⁴ señala expresamente que: *"Los funcionarios, directivos y servidores públicos, y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional, así como de las empresas del Estado, que gozan de la facultad de nombramiento y contratación de personal, o tengan injerencia directa o indirecta en el proceso de selección se encuentran prohibidos de nombrar, contratar o inducir a otro a hacerlo en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho o convivencia. Extiéndase la prohibición a la suscripción de contratos de locación de servicios, contratos de consultoría, y otros de naturaleza similar."*
- 2.12 Siendo así, la norma busca impedir la incorporación de personal a la Administración Pública sustentada en los vínculos parentales que pudiera existir con el funcionario o servidor competente para contratar o con capacidad para influir sobre quien puede efectuarlo, de allí que se proscribe el nombramiento o contratación del pariente por consanguinidad o afinidad.
- 2.13 La justificación de la prohibición expuesta se encuentra expresada en el segundo párrafo de los considerandos del reglamento de la Ley N° 26771, al señalarse que: *"El nepotismo constituye una práctica inadecuada que propicia el conflicto de interés 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"*

⁴ Ley que modifica el Artículo 1 de la Ley 26771, que establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público en caso de parentesco.

en un plano de igualdad sobre los servidores vinculados familiarmente con los funcionarios con poder de decisión."

- 2.14 En esa línea SERVIR, se ha pronunciado en el Informe Técnico N° 369-2014-SERVIR/GPGSC, (disponible en www.servir.gob.pe), señalando que la prohibición de ejercer el nepotismo se dirige a impedir el ingreso a la Administración Pública de cónyuges y parientes (hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad) y en cualquiera de sus regímenes laborales, sean los de tipo general como el de la carrera administrativa (Decreto Legislativo N° 276), el régimen laboral de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728), régimen de contratación administrativa de servicios (Decreto Legislativo N° 1057), así como en las carreras especiales (profesorado, docentes universitarios, profesionales de la salud, magistrados, fiscales, diplomáticos, entre otros).

De la configuración del acto de nepotismo

- 2.15 Al respecto, nos remitimos a lo expuesto en los Informes Técnicos N° 369-2014-SERVIR/GPGSC y N° 039-2016-SERVIR/GPGSC⁵, esto es, que a partir de lo establecido en el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 26771⁶, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2000-PCM, podemos señalar que estamos frente a un acto de nepotismo en los siguientes casos:

- (i) Cuando un funcionario o servidor público con la facultad de nombramiento y/o contratación de personal, la ejerce respecto de un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio.
- (ii) 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 y/o contratación.

- 2.16 Como puede advertirse, en el caso (ii) se contemplan a su vez dos supuestos que son:

- (ii.1) **Injerencia directa:** esta se presume, salvo prueba en contrario, cuando el funcionario o servidor que guarda el parentesco indicado tiene un puesto superior a aquel que tiene la facultad de nombramiento y/o contratación de personal, al interior de su entidad.

En este punto es necesario indicar que, tal como se desprende de la propia norma, la presunción de injerencia directa es una presunción *luris tantum*, por lo que no resulta absoluta, sino que admite prueba en contrario.

⁵ Disponibles en www.servir.gob.pe

⁶ Artículo 2 del Reglamento de la Ley que establece prohibición de ejercerla facultad de nombramiento y contratación de personal en el Sector Público, en casos de parentesco, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2000-PCM y modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 017-2002-PCM:

"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 consanguinidad, 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.

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 personal de confianza, que sin formar parte de la unidad administrativa en la que se realizó la contratación o el nombramiento tiene, por razón de sus funciones, alguna injerencia en quienes toman o adoptan (a decisión de contratar o nombrar en la unidad correspondiente (...)."

Siendo ello así, la previsión dicha presunción implica la posibilidad a las autoridades correspondientes iniciar las investigaciones necesarias a efectos de determinar si efectivamente existió o no injerencia por parte de aquel que tenía relación de parentesco con el contratado y ostenta un puesto superior al de aquel que tenía la facultad de contratación.

En ese orden de ideas, no puede entenderse que la simple verificación de la existencia de parentesco constituye prueba definitiva de la existencia de injerencia directa, pues ello deberá dilucidarse en la investigación correspondiente.

- (ii.2) **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. En este supuesto, corresponde a quien imputa la falta aportar los elementos probatorios suficientes para acreditar la comisión de esta (toda vez que no aplica la presunción legal de la injerencia directa).

- 2.17 Bajo ese contexto, corresponderá a cada entidad pública determinar los actos que contravengan las exigencias del ingreso de personal a la Administración Pública *-incluye empresas del Estado-* y la prohibición del acto de nepotismo, debiendo adoptar las medidas pertinentes sobre los mismos; así como, en mérito de ello, determinar las responsabilidades administrativas y las sanciones aplicables de los servidores o funcionarios que realizaron dichas contravenciones.
- 2.18 Por otra parte, es oportuno señalar que, como consecuencia de incurrir en un acto de nepotismo, la Ley N° 26771 y su Reglamento establecen la nulidad de los actos administrativos que disponen el ingreso a la administración pública, así como de los contratos, cuando ambos se realicen contraviniendo dicha normativa. Cabe señalar que, en este caso, de corresponder, deberá determinarse las responsabilidades, según corresponda.

III. Conclusiones

- 3.1 En virtud a la LCE, tanto el cónyuge, el conviviente como los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un Regidor se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en procesos bajo cualquier régimen legal de contratación con el Estado, siempre que su intervención se produjera en el mismo ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

Por consiguiente, aplicación del numeral 4.2 del Reglamento CAS, no resulta posible la contratación bajo el régimen CAS del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un Regidor, en la municipalidad a la que dicho regidor ejerce el cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

- 3.2 El acto de nepotismo se configura cuando el funcionario o servidor 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 y por razón de matrimonio; o cuando ejerce alguna injerencia directa o indirecta en el nombramiento y/o contratación de dicho personal.



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 de la Universalización de la Salud"

3.3 La presunción de injerencia directa es una presunción que admite prueba en contrario, por lo que implica la posibilidad a las autoridades correspondientes iniciar las investigaciones necesarias a efectos de determinar si efectivamente existió o no injerencia por parte de aquel que tenía relación de parentesco con el contratado y ostenta un puesto superior al de aquel que tenía la facultad de contratación.

Así pues, no puede entenderse que la simple verificación de la existencia de parentesco constituye prueba definitiva de la existencia de injerencia directa, pues ello deberá dilucidarse en la investigación correspondiente

3.4 La presunción de injerencia se sustenta en la posibilidad de que el funcionario o servidor que guarda parentesco con el postulante, al ostentar un cargo de nivel jerárquico superior en términos de cargos administrativos de la entidad (vale decir, por ser su jefe inmediato, o encontrarse en una posición superior de esa línea jerárquica) podría ejercer presión para facilitar la incorporación de dicho postulante, basándose para ello de forma ilegítima en su poder de dirección, situación que evidentemente podría afectar la objetividad de aquel que tiene la facultad de contratación en base al temor a represalias en el ejercicio de sus funciones (temor justificado precisamente en la relación de subordinación administrativa).

3.5 Corresponderá a cada entidad pública determinar los actos que contravengan las exigencias del ingreso de personal a la Administración Pública *-incluye empresas del Estado-* y la prohibición del acto de nepotismo, debiendo adoptar las medidas pertinentes sobre los mismos; así como, el deslinde de responsabilidades administrativas, según corresponda.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

CYNTHIA CHEENYI SÚ LAY

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

CSL/abs/ear

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2020

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: BVIZXLI