



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 Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

INFORME TÉCNICO N° 1330 -2019-SERVIR/GPGSC

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

Asunto : Incompatibilidades o prohibiciones del personal contratado por locación de servicios

Referencia : Carta N° 01-2019-GRC/CFAG-JJRR

Fecha : Lima, 26 AGO. 2019

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, un consultor del Fondo de Apoyo Gerencial - FAG del Gobierno Regional del Callao consulta a SERVIR si un consultor FAG, en su calidad de abogado, puede ejercer su profesión en la defensa legal a favor de terceros ajenos a la entidad regional y/o funcionarios públicos de dicha entidad.

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 SERVIR es 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.
- 2.2 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, 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.

Delimitación de la consulta

En atención a lo señalado, no corresponde a SERVIR a través de una opinión técnica, como la presente, pronunciarse respecto a casos concretos como el planteado por el consultante, por lo que el presente informe abordará las reglas generales a considerar con relación a la materia consultada.

Sobre la contratación en el marco del Fondo de Apoyo Gerencial

- 2.4 Previamente, debemos indicar que el Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público (FAG), creado por el Decreto Ley N° 25650 y sus modificatorias, se encontraba administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en



"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

mérito a la Carta-Convenio aprobada por mediante Resolución Ministerial N° 318-92-EF/10, modificada por Resolución Suprema N° 010-2003-EF, cuya vigencia fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2011, a través de la Resolución Suprema N° 101-2008-EF.

- 2.5 Luego, mediante Decreto de Urgencia N° 053-2009, se modificó la conformación de la Comisión del Fondo de Apoyo Gerencial al Sector Público y se estableció que la administración del fondo recaería en el Ministerio de Economía y Finanzas. Asimismo, se precisó que el FAG solo permitiría financiar los gastos de contratación para el desarrollo de asesorías, consultorías y actividad profesional calificada, así como para el desempeño de cargos de confianza que se requieran, inclusive en los Gobiernos Regionales¹.
- 2.6 Cabe acotar que el FAG se diferenció del resto de las modalidades contratación que emplea el Estado, debido a que este no encuentra orientado a dotar de personal a las entidades públicas, sino a financiar gastos de personal que prestara servicios técnicos y profesionales, básicamente, de la plana directiva². El sistema de planillas es administrado por el Ministerio de Economía y Finanzas, sin que existan requisitos mínimos para el personal FAG.
- 2.7 Posteriormente, en el año 2012, se aprobó la Ley N° 29806, que regula la contratación de Personal Altamente Calificados (PAC) para ocupar puestos en las entidades públicas del Poder Ejecutivo, bajo los principios de mérito y transparencia. La norma acotada establece el perfil mínimo que deben cumplir los profesionales altamente calificados, asimismo dispone que la contratación de dicho personal se efectúa a través del FAG.
- 2.8 De esta manera, con la aprobación de la Ley N° 29806 se habilitó a las entidades públicas del Gobierno Nacional para que puedan incorporar y retener a profesionales especializado y calificado, a través de esta modalidad de contratación, para que contribuyan a cumplir con sus objetivos institucionales y lograr así una gestión transparente, eficaz, eficiente y orientada al ciudadano. Dicha medida fue aprobada con el objetivo de contribuir a la construcción de un servicio civil capaz de gestionar la modernización y la reforma del Estado³.
- 2.9 Sin perjuicio de lo señalado, SERVIR en diversos pronunciamientos⁴ ha señalado que la incorporación de personal altamente calificado en las entidades públicas, a través de estas modalidades (FAG o PAC), generan que se pueda distinguir, esencialmente, dos situaciones: i) la de quienes son contratados para desempeñar encargos específicos y de manera autónoma, y ii) la de quienes son contratados para ocupar cargos previstos en los instrumentos de gestión de alguna entidad.

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

¹ Artículo 3° del Decreto Ley N° 25650, modificado por el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 053-2009.

² Autoridad Nacional del Servicio Civil (2012). Informe sobre el Servicio Civil Peruano: Antecedentes, marco normativo actual y desafíos de la reforma (disponible en www.servir.gob.pe)

³ Véase el Diario de los Debates - PERIODO PARLAMENTARIO 2011-2012 (15° Sesión de 20 de octubre de 2011) disponible en www.congreso.gob.pe

⁴ Informe Legal N° 262-2010-SERVIR/GG-OAJ y los Informes Técnicos N°s 565-2015-SERVIR/GPGSC, 897-2016-SERVIR/GPGSC, 365-2017-SERVIR/GPGSC y 584-2018-SERVIR/GPGSC (disponibles en www.servir.gob.pe).



"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

la configuración de una relación funcional con el Estado sujeta a las normas aplicables que regulan el ejercicio de la función pública, así como las restricciones inherentes a ella.

De la incompatibilidad en la Ley N° 27588 - Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos

2.10 Al respecto, la Ley N° 27588, establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual (en adelante, Ley de incompatibilidades).

Así, la citada ley estableció en el inciso f) de su artículo 2 lo siguiente:

"Las personas a que se refiere el Artículo 1 de la presente Ley⁵, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, tienen los siguientes impedimentos

(...)

f) Intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente.

Los impedimentos se extienden hasta un año posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual, sea por renuncia, cese, destitución o despido, vencimiento del plazo del contrato o resolución contractual".

2.11 En ese sentido, los servidores o funcionarios públicos comprendidos en el artículo 1 de la Ley N° 27588, no podrán patrocinar o representar como abogado a particulares contra la entidad del Estado en la que presta servicios, ni intervenir en procesos judiciales, administrativos o arbitrales en los que ésta sea parte.

2.12 No obstante, debemos acotar que la citada prohibición no es exclusiva de los funcionarios o servidores comprendidos en la Ley N° 27588; pues la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública (en adelante, LCEFP), aplicable a todo funcionario, servidor o empleado 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 o al servicio del Estado⁶, establece lo siguiente:

"Artículo 6.- Principios de la Función Pública

El servidor público actúa de acuerdo a los siguientes principios:

⁵ Ley N° 27588

Artículo 1.- Objeto de la ley

«Los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrativos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturaleza de su función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido determinante en la toma de decisiones [...]».

⁶ Artículo 4° de la Ley N° 27815



"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

(...)

2. Probidad

Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona."

Asimismo, en el numeral 1 de su artículo 8 dispone:

"Artículo 8.- Prohibiciones éticas de la Función Pública

El servidor público está prohibido de:

1. Mantener Intereses de Conflicto

Mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo."

2.13 En atención a lo expuesto, podemos concluir que los servidores públicos que no se encuentren comprendidos en el artículo 1 de la Ley N° 27588 y que presten asesoría o patrocinio en un proceso judicial o administrativo contra la propia entidad en la que se encuentran laborando, podrían vulnerar las disposiciones glosadas en artículo 2 de la misma Ley; por lo que corresponde a cada entidad pública evaluar las particularidades de cada caso en concreto.

2.14 Ahora bien, de todo lo expuesto previamente se advierte que las prohibiciones e incompatibilidades descritas en la Ley N° 27588, así como la prohibición de mantener intereses en conflicto prevista en la LCEFP, se encuentran orientadas a aquellas labores de asesoría, patrocinio o de otra naturaleza, realizadas a favor de particulares en contra de la misma entidad en la que desempeña o desempeñó⁷ funciones. No obstante, de dichas normas no se advierte restricción alguna para que servidores públicos ejerzan la abogacía a favor de particulares cuando estos accionan en contra de otros particulares (cuando el Estado no es parte de la relación jurídico-procesal) y siempre que dicha labor se ejerza fuera de la jornada laboral correspondiente a la entidad en la que desempeñan labores.

III. Conclusiones

3.1 No corresponde a SERVIR emitir pronunciamiento respecto a casos particulares, motivo por el cual no es posible pronunciarse sobre la situación específica planteada.

3.2 El Fondo de Apoyo Gerencial (FAG), regulado por el Decreto Ley N° 25650, está destinado para financiar los gastos de la contratación temporal de servicios profesionales calificados. Dicha contratación se efectúa mediante la modalidad de locación de servicios, y 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.

3.3 La incorporación de personal altamente calificado en las entidades públicas, a través de estas modalidades (FAG o PAC), generan que se pueda distinguir, esencialmente, dos situaciones: i) la de quienes son contratados para desempeñar encargos específicos y de manera autónoma, y ii)

⁷ Según establece el inciso f) del artículo 2 de la Ley N° 27588, "Los impedimentos se extienden hasta un año posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual, sea por renuncia, cese, destitución o despido, vencimiento del plazo del contrato o resolución contractual."



"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

la de quienes son contratados para ocupar cargos previstos en los instrumentos de gestión de alguna entidad.

- 3.4 Las prohibiciones e incompatibilidades de los funcionarios y servidores públicos, en la actualidad, son reguladas por la Ley N° 27588, la cual establece la prohibición de intervenir - entre otros- como abogado de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma entidad del Estado en la que prestan servicios.
- 3.5 Los funcionarios o servidores públicos solo se encontrarán prohibidos de ejercer la defensa legal en causas particulares si su labor en la entidad donde presta servicios se enmarca dentro de los supuestos previstos por el artículo 1 de la Ley N° 27588; excepto cuando se trate de causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores.
- 3.6 Si bien no existe prohibición expresa para que un servidor público (no comprendido en el artículo 1 de la Ley N° 27588) patrocine contra la entidad del Estado en la que presta servicios, dicha posibilidad debe descartarse a partir del deber de probidad y de la prohibición de mantener intereses en conflicto que la Ley del Código de Ética y Función Pública establece; por lo cual las entidades públicas deberán ponderar las particularidades de cada caso.
- 3.7 No existe restricción alguna para que servidores públicos ejerzan la abogacía a favor de particulares cuando estos accionan en contra de otros particulares (cuando el Estado no es parte de la relación jurídico-procesal) y siempre que dicha labor se ejerza fuera de la jornada laboral correspondiente a la entidad en la que desempeñan labores.

Atentamente,



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

