"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

INFORME TÉCNICO Nº 1233 -2019-SERVIR/GPGSC

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

Asunto : Sobre el acceso a la administración pública y la configuración de actos de nepotismo

Referencia : Documento con registro N° 0022062-2019

Fecha : Lima, 09 AGO. 2019

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, se consulta a SERVIR sobre la configuración de actos de nepotismo, en el supuesto que una persona, pariente de un servidor que se encuentra laborando en una entidad bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, pretenda ser contratada bajo el citado régimen laboral en la misma entidad.

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 por 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, 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.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL VºBº C. SU GPGSC

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 la entidad consultante; por lo que el presente informe abordará las reglas generales a considerar con relación a la materia consultada.

Del ingreso a la Administración Pública y el derecho a postular a concursos públicos

2.5 Al respecto, debe indicarse en primer lugar que el acceso al Servicio Civil, indistintamente del régimen al que se vincule el servidor (Decreto Legislativo N° 276, Decreto Legislativo N° 728 o Decreto legislativo N° 1057), se realiza necesariamente por concurso público de méritos, en un régimen de igualdad de oportunidades; salvo en el caso de puestos de confianza conforme a los documentos de gestión interna de la entidad (CAP, MOF o Clasificador de Cargos), en los que no se requiere de dicho concurso, no obstante, la persona designada debe cumplir con el perfil mínimo del puesto.

2.6 La exigencia del ingreso mediante concurso público de méritos está establecida en el artículo 5° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público (en adelante LMEP) y el artículo IV del Título Preliminar del Decreto Legislativo N° 1023.

2.7 Así, en el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 (en adelante régimen CAS) se ha regulado en su artículo 3° (modificado por la Ley N° 29849, los requisitos para la contratación bajo dicho régimen. Asimismo, deberá observarse también los requisitos para postular a la Administración Pública dispuesto en el artículo 7° de la LMEP y modificatoria.

2.8 Siendo así, debe indicarse de forma general que es derecho de toda persona postular a los procesos de convocatorias que realicen las entidades públicas, siempre que cumplan con el perfil y requisitos mínimos establecidos para el puesto de interés obrante en las bases del concurso elaboradas según los documentos de gestión de la entidad y no encontrarse imposibilitados o inhabilitados para contratar con el Estado.

En efecto, uno de esos supuestos de imposibilidad o incompatibilidad lo constituye la configuración de los actos de nepotismo.

De la prohibición del acto de nepotismo

2.9 Al respecto, 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 Supremo N° 017-2002-PCM y N° 034-2005-PCM.

2.10 El artículo 1 de la mencionada Ley, modificada por el artículo único de la Ley N° 30294[1] 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".*

2.11 Siendo así, la norma busca impedir la incorporación de personal a la Administración Pública sustentada en los vínculos parenterales 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.

2.12 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 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."*

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C. SU GPGSC

[1] 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.

2.13 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

2.14 El artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 26771, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2000-PCM, modificado por el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 017-2002-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 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 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. (...)"

2.15 De acuerdo al artículo citado, podemos señalar que estamos frente a un acto de nepotismo en los siguientes casos:

i) 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, *convivencia o unión de hecho* (supuestos agregados mediante la Ley N° 30294).
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.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C. SU GPGSC

2.16 El supuesto ii) indicado 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 éste. Al respecto, se establecen dos supuestos denominados de injerencia directa o indirecta:

- Injerencia directa: Ésta 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.

2.17 Asimismo, respecto a la injerencia directa, debe tenerse en cuenta, lo expresado en el Informe Legal N° 104-2010-SERVIR/GG-OAJ, disponible en nuestro portal institucional: www.servir.gob.pe, en el que se indicó que una evidencia de influencia de una persona respecto a 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".

2.18 En cuanto a las consecuencias de la comisión del acto de nepotismo, la Ley N° 26771 y su Reglamento, establecen la nulidad de los actos administrativos que dispone el ingreso a la Administración Pública, así como los contratos, cuando ambos se realicen contraviniendo dicha Ley.

2.19 Por lo tanto, las entidades públicas deberán evaluar si los hechos en cada caso en particular y que son materia de investigación se subsumen en algún supuesto regulado por la Ley N° 26771, que regula los casos de nepotismo, y los cuales han sido descritos en el presente informe.

Sobre el conflicto de intereses en la función pública

2.20 Finalmente, a título ilustrativo, debe tenerse en cuenta que, una vez que la persona ingresa a la Administración Pública, el numeral 1 del artículo 8° de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, prohíbe al servidor público mantener intereses en conflicto, proscribiendo "mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimento de los deberes y funciones a su cargo".

2.21 En ese sentido, los funcionarios y servidores públicos sin excepción se encuentran al servicio de la Nación (artículo 39° de la Constitución Política), lo cual supone, entre otros aspectos, que supediten sus intereses particulares a la función pública que realizan. En el ejercicio de dicha función pública, los servidores públicos sin distinción, se sujetan a un código de conducta que se expresa en deberes, prohibiciones e incompatibilidades, los cuales están recogidos en diversas normas, por ejemplo, la Ley Nº 27815, que prohíbe a los servidores públicos mantener intereses en conflicto.

III. Conclusiones

3.1 El ingreso a la Administración Pública, indistintamente del régimen de vinculación (como es el caso del régimen CAS), se realiza a través de concurso de méritos. Siendo así, es derecho de toda persona postular a los procesos de convocatorias que realicen las entidades públicas, siempre que cumplan con el perfil y requisitos mínimos establecidos para el puesto de interés obrante en las bases del concurso elaboradas según los documentos de gestión de la entidad y no encontrarse imposibilitados o inhabilitados para contratar con el Estado.

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, *convivencia o unión de hecho* (supuestos agregados mediante la Ley N° 30294); o cuando ejerce alguna injerencia directa o indirecta en el nombramiento y/o contratación de dicho personal.

3.3 La injerencia directa se presume -salvo prueba en contrario- cuando el funcionario o servidor que guarda el parentesco tiene un puesto superior a aquél que tiene facultad de nombramiento y/o contratación de personal, al interior de su entidad.

3.4 Los actos de nepotismo se configuran tanto en los casos en que el funcionario o servidor ostenta la facultad de nombramiento y/o contratación, como en los casos en que sin tenerla, o incluso sin formar parte de la entidad, ejerce incidencia directa o indirecta sobre dicho nombramiento o contratación, ya sea por razón de jerarquía o por la naturaleza de sus funciones, respectivamente.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° C. SU GPGSC

3.5 Corresponderá a las entidades públicas evaluar si los hechos en cada caso en particular y que son materia de investigación se subsumen en algún supuesto regulado por la Ley N° 26771, que regula los casos de nepotismo, y los cuales han sido descritos en el presente informe.

3.6 En el marco del ingreso a la Administración Pública, los servidores públicos sin distinción se sujetan a un código ético de conducta que se expresa en deberes, prohibiciones e incompatibilidades, los cuales están recogidos en diversas normas, por ejemplo, la Ley Nº 27815, que prohíbe a los servidores públicos mantener intereses en conflicto.

Atentamente,

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

CSL/abs/mma
K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2019