



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

CARGO

INFORME LEGAL N° 508-2010-SERVIR/GG-OAJ

A : JORGE ARRUNÁTEGUI GADEA
Gerente (e) de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

De : MANUEL MESONES CASTELO
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

Asunto : Consulta formulada sobre la
incompatibilidad de funciones

Referencia : Escrito s/n del 04 de octubre del 2010

Descriptor : a) Incompatibilidad de funciones
b) Doble percepción de ingresos

Fecha : Lima, 14 DIC 2010

Me dirijo a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita pronunciamiento respecto al desarrollo de las actividades profesionales a cargo de los miembros integrantes del Tribunal del Servicio Civil. Al respecto, manifiesto lo siguiente:

I. Antecedentes y Base Legal

1.1 Respecto a la normativa que regula la prohibición de desempeñar más de un empleo remunerado cabe citar el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, el cual literalmente señala:

"La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente.

No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta. (...)". (El resaltado es nuestro)

1.2 De otro lado, el artículo 3° de la Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público establece:

"Ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de remuneración y pensión por servicios prestados al Estado. Las únicas excepciones las constituyen la función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas."



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

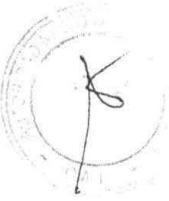
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

- 1.3 El literal h) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1023 que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, establece como una de sus funciones, opinar sobre las materias de su competencia; las cuales están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, la gestión de la compensación, entre otras, emita de manera progresiva.

II. Análisis

De la competencia 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 SERVIR.



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 de cada entidad.

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 de la presente opinión no se encuentran vinculadas a situación particular alguna.

Cuestión previa

- 2.2 Consideramos que para atender la consulta formulada sin pretender resolver el caso concreto, es necesario abordar los temas de: i) desempeño de función pública e ii) incompatibilidad de ingresos, toda vez que dichos conceptos se encuentran inter relacionados.

Del desempeño de la función pública

- 2.3 La Ley N° 28175, norma de aplicación transversal a todas las entidades de la administración pública independientemente del régimen laboral en el que se encuentra su personal (Decretos Legislativos N° 276, 728 o Contratación Administrativa de Servicios), siempre y cuando estén presentes en dicha relación, los siguiente elementos; i) prestación de los servicios personales, ii) subordinación, y iii) remuneración, refiere que ningún **empleado público** puede percibir **del Estado** más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso.

Sobre este punto, corresponde preguntar a quienes abarca dicha prohibición, ¿a todo aquel que le presta servicios al Estado?, ¿a quienes ejercen función pública



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

sólo bajo una relación de subordinación?, o, ¿se aplica a todo aquel que ejerce función pública, independientemente de las formas de vinculación con el Estado?.

Consideramos conveniente señalar como en otras oportunidades, que aun cuando el Estado maneja una diversidad de regímenes y formas de contratación, se puede calificar como servidor o funcionario público a aquel que ejerce una función pública insertada en la organización de una entidad, independiente del tipo de contratación o vinculación que lo una con el Estado.

En efecto, conforme a lo establecido en la Carta Iberoamericana *"La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general."*

En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos."

En ese sentido, la calidad de servidor o funcionario 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.

Por ello, todo aquel que desempeñe función pública en una entidad de la administración pública, independientemente del régimen (laboral o estatutario) o vínculo contractual, inclusive aquellos referidos a cargos de confianza política originaria, es pasible de ser considerado un empleado público y por tanto sujeto de la prohibición de doble percepción como analizaremos más adelante, siempre y cuando en dicha relación se presenten los siguiente elementos; i) prestación de los servicios personales, ii) subordinación, y iii) remuneración.

La labor de consultoría y la función pública

2.4 Sin pretender resolver el caso concreto, y teniendo en cuenta las consideraciones expresadas en el presente informe, debemos advertir que no toda vinculación con el Estado presupone el ejercicio de función pública.

Por ejemplo, la labor de consultoría o similares, que presuponen prestar un servicio específico en un área específica o insertada dentro de una organización estatal, no califica como función pública, sino como la prestación de un servicio de



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

un tercero que una vez agotado el trabajo o actividad específica para el que fue contratado, su relación se extingue.

Cabe advertir que esta afirmación no puede ser utilizada para justificar que servidores y funcionarios públicos se vinculen al aparato estatal bajo modalidades como la locación de servicios o la prestación de terceros, toda vez que si una persona es contratada bajo dicha modalidad pero ejerce un cargo o realiza una función reglada en los instrumentos de gestión de la entidad, nos encontraríamos la desnaturalización del objeto del contrato y la contravención a las normas que regulan la contratación de terceros.

De la percepción de más de un ingreso por el desempeño de cargo en el Estado

2.5 Ahora bien, teniendo como premisa que toda persona que desempeña función pública, le es aplicable el concepto servidor o funcionario, analizaremos cuándo el desempeño de dos actividades paralelas con contraprestación (función pública) se encontraría prohibida.

Al respecto, la Constitución prohíbe en su artículo 40° el desempeño de más de un **empleo o cargo público remunerado**.

De otro lado, la Ley N° 28175 preceptúa que ningún empleado público puede percibir del **Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso**.

Para determinar el alcance de lo expresado en los dispositivos, es necesario tener en cuenta dos conceptos utilizados en los mismos, los cuales son: Estado e ingresos.

Entendemos por Estado, *la forma de organización social soberana y coercitiva, formada por un conjunto de instituciones involuntarias, que tiene el poder de regular la vida nacional en un territorio determinado*.¹

En ese sentido, todas las instituciones de la administración pública se encuentran bajo el ámbito de las normas que se emitan para su regulación en temas específicos.

Por su parte, el término ingreso, incluye la remuneración, beneficios, bonificaciones, rentas y otros conceptos que pudiera percibir o generar una persona, originadas por su trabajo, su patrimonio y donaciones que reciba.²

¹ CABANELLAS DE TORRES; Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo 3.

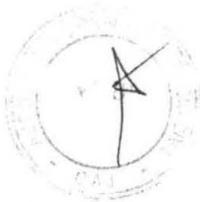
² Dicho concepto se encuentra contenido en el Informe N° 1029-2009-EF/60.01 emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas a propósito de la propuesta de



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

- 2.6 Ahora bien, en tanto los dispositivos han establecido que se encuentra prohibido realizar más de una actividad remunerada y subordinada, para el Estado, entendido éste en su máxima expresión, así como tampoco recibir contraprestación, independientemente de la denominación (remuneración, honorarios, retribución, emolumento), podemos concluir que ningún servidor o funcionario que desempeñe función pública se encontraría habilitado para recibir contraprestación adicional de otra entidad pública de la Administración Pública; excepto las que se encuentran expresamente permitidas (docencia y participación en Directorios de entidades y empresas del Estado).
- 2.7 En este punto debemos precisar que el marco legal que sustenta la prohibición de doble percepción, no sólo está en el artículo 3º de la Ley Marco del Empleo Público (aplicable a todos los regímenes laborales y de carrera dentro del Estado), sino también en el artículo 4º del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (aplicable a los Contratos Administrativos de Servicios) el artículo 3º del Decreto Ley N° 25650 (aplicable al personal contratado bajo las normas del Fondo de Apoyo Gerencial) y los contratos y convenios específicos para la contratación de profesionales y técnicos a través de organismos internacionales.



Todo el marco legal antes indicado se sustenta, en el elemento principal para que se configure la prohibición de doble percepción, el cual no es otro que el desempeño de función pública.

En consecuencia, independientemente de la vinculación (contrato laboral, nombramiento, contrato administrativo de servicio, locación de servicios, entre otros) entre el Estado y la persona que brinda un servicio, en tanto ésta desempeñe función pública se encontrará inmersa en la prohibición. La excepción a dicha regla la constituye la labor docente y la percepción de una dieta.

Límites al ejercicio simultáneo de función pública y locación de servicios o consultorías

- 2.8 Adicionalmente a la prohibición de doble percepción de ingresos, aplicable a quienes realizan función pública, debemos advertir que también existen normas específicas que prohíben la suscripción de contratos de locación de servicios de manera simultánea a una vinculación laboral con el Estado aun cuando una de ellas se encuentre suspendida.

En efecto, el literal o) del artículo 16º de la Ley Marco del Empleo Público establece que todo empleado está obligado a no suscribir contrato de locación de servicios bajo cualquier modalidad con otra entidad pública.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

Dicha prohibición, como las previstas en la Ley Marco del Empleo Público, están dirigidas a todo aquel que ejerce función pública bajo un vínculo de subordinación, por lo que aquellos se encontrarían impedidos de suscribir contratos de locación de servicios (es decir, actuar como locadores) aún cuando tuvieran la relación de empleo suspendida (es decir, bajo algún tipo de licencia o suspensión perfecta del contrato de trabajo).

La doble percepción en dietarios

2.9 Finalmente corresponde evaluar si las prohibiciones antes señaladas se aplican a los dietarios y cómo.

Como hemos señalado en los párrafos precedentes, la prohibición de doble percepción se aplica no a cualquier persona que se vincula con el Estado, sino a aquellos que bajo diversas modalidades, ejercen función pública. Sin embargo, el marco legal específico y su contenido varía en función al tipo de vinculación que une al Estado con el funcionario público.

Así, tenemos que todo aquel que tiene una vinculación con una entidad pública y convergen en dicha relación, los siguientes elementos; i) prestación de los servicios personales, ii) subordinación, y iii) remuneración y en ella ejerce función pública, le es aplicable la Ley Marco del Empleo Público, la misma que prohíbe la doble percepción de ingresos (es decir, remuneración y cualquier otro tipo de ingresos), con la excepciones de dietas y labor docente.

Para aquellos vinculados bajo el régimen CAS, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 dispone que no se puede percibir dos ingresos del Estado ni suscribir dos contratos CAS.

Los profesionales o técnicos contratados bajo las normas del Fondo de Apoyo Gerencial no pueden tener una vinculación laboral con el Estado y solo podrán ejercer la función docente, percibir dietas por participación en uno de los directorios de entidades o empresas públicas, o ser pensionista de algún régimen previsional que sea administrado por el Estado, siempre y cuando suspendan su pensión previo a su contratación.

Como se puede apreciar, existen distintos enfoques para regular la prohibición de doble percepción de ingresos, sin embargo, de una lectura sistemática de todo el marco normativo antes descrito, no existe una norma expresa que regule la percepción simultánea de dietas y otros ingresos distintos a la función pública.

En efecto, aun cuando el dietario se encuentre al servicio del Estado, en tanto no tiene una vinculación subordinada con el mismo, no se le puede aplicar las prohibiciones señaladas de la Ley Marco del Empleo Público.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"
"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

De otro lado, la actividad profesional independiente que se realiza mediante locación de servicios o servicios de terceros sin ejercicio de función pública, en sí misma no está sujeta a prohibición alguna sobre doble percepción.

De otro lado, consideramos necesario mencionar que de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Ley N° 28212 - Ley que regula los ingresos de los Altos Funcionarios Autoridades del Estado y dicta otras medidas, las personas al servicio del Estado y que en representación del mismo formen parte de Directorios, no percibirán dietas en más de una (1) entidad.

Finalmente, dado que por aplicación del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, no podemos extender una prohibición para supuestos que no estén expresamente regulados.

En consecuencia, los dietarios, pueden percibir ingresos derivados de consultorías, siempre que estos últimos ingresos no supongan el ejercicio de función pública.

III. Conclusiones

- 3.1 De una interpretación integral de los dispositivos que norman la prohibición de doble ingreso, legalmente es posible concluir que la configuración de la prohibición se produce en el caso que una persona, desempeñe una doble función pública y por ello perciba dos ingresos del Estado.

La excepción a dicha regla la constituye la labor docente y la percepción de una dieta.

- 3.2 Para el caso concreto de los dietarios, éstos pueden percibir ingresos derivados de locación de servicios, siempre que estos últimos ingresos no se originen en el ejercicio de función pública.

Finalmente, remito para su consideración el proyecto de Oficio de respuesta respectivo para vuestra visación y de estimarlo pertinente, trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,



MANUEL MESONES CASTELO
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL