



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Presidencia
Ejecutiva

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

Lima, 12 OCT 2010

OFICIO N° 536-2010-SERVIR/PE

Señor

JOSÉ VEGA ANTONIO

Presidente de la Comisión de Fiscalización y Contraloría

Congreso de la República

Presente.-

Asunto : Opinión del Proyecto de Ley N° 2322/2007-CR

Referencia : Oficio N° 209/02/2010-2011/CFC-CR

Tengo el agrado de dirigirme a usted con la finalidad de dar respuesta al documento de la referencia, mediante el cual la Comisión que preside solicita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2322/2007-CR, que propone la Ley Anticorrupción de los servidores del Estado, civiles, policiales y militares.

Al respecto, en documento anexo al presente Oficio remito el Informe Legal N° 320-2010-SERVIR/GG-OAJ de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos, en virtud del cual se atiende su solicitud.

Sin otro particular quedo de usted

Atentamente,

NURIA ESPARCH FERNANDEZ
Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL

NEF/JAG/MMC
Reg. 9209-2010

RECIBIDO
10 OCT 13 PM 1:03
POLICIA
91186





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"

INFORME LEGAL N° 320-2010-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 : Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2322/2007-CR

Referencia : Oficio N° 209/02/2010-2011/CFC-CR

Descriptor : a) Ámbito de aplicación de la Ley N° 28175
b) Prohibición de ejercer facultad de nombramiento o contratación

Fecha : Lima, 06 OCT 2010

Me dirijo a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual el Presidente de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República solicita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 2322/2007-CR, que propone la Ley Anticorrupción de los servidores del Estado, civiles, policiales y militares. Sobre el particular, manifiesto lo siguiente:

Antecedentes

1. Con Decreto Legislativo N° 1023 se crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, con el fin de contribuir a la mejora continua de la administración del Estado a través del fortalecimiento del servicio civil.
2. De acuerdo con lo establecido en el Artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 28175 – Ley Marco del Empleo Público,¹ el ámbito de aplicación de la misma se extiende a las siguientes entidades:

¹ Norma que tiene como finalidad establecer los lineamientos generales para promover, consolidar y mantener una administración pública moderna, jerárquica, profesional, unitaria, descentralizada y desconcentrada, basada en el respeto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, el desarrollo de los valores morales y éticos y el fortalecimiento de los principios democráticos, para obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención a las personas.



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”

1. El Poder Legislativo, conforme a la Constitución y al Reglamento del Congreso de la República.
2. El Poder Ejecutivo: ministerios, organismos públicos descentralizados, proyectos especiales y, en general, cualquier otra entidad perteneciente a este Poder.
3. El Poder Judicial, conforme a lo estipulado en su ley orgánica.
4. Los Gobiernos Regionales, sus órganos y entidades.
5. Los Gobiernos Locales, sus órganos y entidades.
6. Los organismos constitucionales autónomos.

En el caso de los funcionarios públicos y empleados de confianza, esta norma se aplicará cuando corresponda según la naturaleza de sus labores.

No están comprendidos en la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. Su personal civil se rige por la presente Ley en lo que corresponda, salvo disposición contraria de sus respectivas leyes orgánicas.

Los trabajadores sujetos a regímenes especiales se regulan por la presente norma y en el caso de las particularidades en la prestación de su servicio por sus leyes específicas.

3. El artículo 1 de la Ley N° 26771 – Ley que establece la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco, dispone lo siguiente:

“Artículo 1.- Los funcionarios de dirección 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 ejercer dicha facultad en su entidad respecto a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y por razón de matrimonio.

Extiéndase la prohibición a los contratos de Servicios No Personales.”



4. Conforme lo establecido en el literal d) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1023, corresponde a SERVIR emitir opinión previa a la expedición de normas de alcance nacional relacionadas con el ámbito del Sistema, el cual comprende:
 - a) La planificación de políticas de recursos humanos.
 - b) La organización del trabajo y su distribución.
 - c) La gestión del empleo.
 - d) La gestión del rendimiento.
 - e) La gestión de la compensación.
 - f) La gestión del desarrollo y la capacitación.
 - g) La gestión de las relaciones humanas.
 - h) La resolución de controversias.



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”

Sobre las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú

5. De acuerdo con lo establecido en el artículo 164 de la Constitución Política del Perú, la dirección, la preparación y el ejercicio de la Defensa Nacional se realizan a través de un Sistema cuya organización y cuyas funciones determina la ley.

Asimismo, el artículo 168 de la Constitución precisa que las leyes y los reglamentos respectivos determinan la organización, las funciones, las especialidades, la preparación y el empleo; y norman la disciplina de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Al respecto, la exclusión de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú de la competencia de un régimen de servicio civil, tiene su origen en la Constitución, norma que dispone que mediante ley y reglamento, se determina su organización, funciones, especialidades, entre otros, y que incluso prevé un fuero especial ajeno al Poder Judicial.

Similar situación y/o sustento podemos señalar en cuanto al régimen de la Carrera Judicial y Ministerio Público, es decir que la exclusión se basa en que constitucionalmente dichas instituciones forman parte de la estructura del Estado como organismos autónomos e inclusive constituyen uno de los Poderes del mismo, cuyos magistrados de carrera requieren independencia en el ejercicio de su función.

En ese sentido, consideramos que la propuesta de incluir a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú, dentro de los alcances y/o ámbito de la Ley N° 28175 legalmente no es viable.

De la presentación de la declaración jurada de bienes y rentas

6. Cabe precisar que es el artículo 40 de la Constitución Política del Perú el que preceptúa la obligación de publicar periódicamente en el diario oficial los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios, y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

En función a dicho mandato, mediante Ley N° 27482 - Ley que regula la publicación de la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado, se precisa los sujetos que se encuentran obligados a presentar declaración jurada de bienes y rentas; norma que se encuentra debidamente reglamentada.

Por consiguiente, toda vez que la Constitución Política del Perú ha establecido que únicamente a algunos servidores les sea aplicable la obligación de presentar





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”

declaración jurada de bienes y rentas, consideramos que la propuesta legalmente no resulta factible, ello teniendo en cuenta el principio de jerarquía de normas.

De la facultad de nombramiento y contratación de personal

7. La Constitución, en su artículo 5° ha consagrado la unión de hecho de la siguiente manera:

La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Cabe mencionar que dicha unión (del hombre y la mujer), de acuerdo a como se encuentra estipulado, sólo genera una sociedad de gananciales sobre bienes patrimoniales, que pueden estar constituidos por los bienes propios que pertenecen a cada uno de los cónyuges, y por los bienes sociales, que corresponden a los de la sociedad conformada y no pertenecen en particular a ninguno de los cónyuges.

Al respecto la norma constitucional reconoce la relación concubinaria para efectos sólo de naturaleza patrimonial, al asemejarsele con el régimen de la sociedad de gananciales propia del matrimonio, mas no se incluye dentro de él efectos de carácter personal, conforme lo señalado por el Tribunal Constitucional.²

En ese sentido, consideramos que una norma de menor jerarquía no podría hacer diferencia o precisión alguna en cuanto al ámbito personal.

En todo caso, se debe tener en cuenta que la Ley N° 27185 – Ley del Código de Ética de la Función Pública ya ha establecido como una prohibición ética, mantener intereses de conflicto, obtener ventajas indebidas, entre otras.

8. De otro lado, teniendo en cuenta que conforme la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1057 se dispuso que “Las referencias normativas a la contratación de servicios no personales se entienden realizadas a la contratación administrativa de servicios.”, consideramos que correspondería precisar que la prohibición se refiere a los contratos administrativos de servicios – CAS.



Ello, en el entendido que “La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo

² Fundamento 8 del Expediente 03605-2005-AA.



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"

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."³

En ese sentido, sólo aquellas personas que se inserten orgánica o funcionalmente en la estructura de la entidad desarrollarán función pública y es justamente como consecuencia del ejercicio de la función, que se genera una relación que vincula al Estado como empleador y las personas que prestan servicios remunerados bajo subordinación.

Lo expuesto es cuanto informo a su Despacho para los fines pertinentes, a cuyo efecto adjunto el proyecto de Oficio de respuesta respectivo para vuestra visación de encontrarlo conforme y trámite correspondiente ante la Presidencia Ejecutiva.

Atentamente,

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

OAJ/MMC/tnr
c/tnr/2010/Informes/Proyecto de Ley N° 2322-2007 Ley anticorrupción

³ De acuerdo al concepto de Función Pública de la Carta Iberoamericana de la Función Pública.