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

CARGO
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
GERENCIA DE POLITICAS DE GESTION DE RECURSOS HUMANOS
30 JUN. 2010
RECIBIDO
Firma: Rosario Hora: 12 34

INFORME LEGAL N° 170 -2010-SERVIR/GG-OAJ

A	:	**BEATRIZ ROBLES CAHUAS** Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos
De	:	**MANUEL MESONES CASTELO** Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica
Asunto	:	Opinión sobre propuesta de modificación del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1057, aprobado por Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM.
Referencia	:	Oficio Nº 772-2010-PCM/SG
Fecha	:	Lima, 30 JUN 2010

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con la finalidad de emitir opinión respecto a la propuesta de modificación del Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1057, aprobado por Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM, que la Secretaría General de la Presidencia del Consejo de Ministros ha remitido mediante el documento de la referencia.

La propuesta plantea:

- Modificar los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 15º y 16º, así como la tercera disposición complementaria transitoria y la sexta disposición complementaria final del Reglamento en referencia, e
- Incorporar los artículos 10-Aº, 10-Bº, 17º, las disposiciones complementarias finales octava, novena, décima y undécima y las disposiciones complementarias transitorias quinta y sexta.

Como cuestión preliminar, expresamos que si bien podemos coincidir con varios de los objetivos de la propuesta, muchas de las materias que ella plantea (por ejemplo, las referidas a la prohibición de doble percepción, a la inclusión de la categoría subordinación, y la creación de nuevos supuestos de suspensión del contrato administrativo) requerirían de una ley que modifique expresamente el Decreto Legislativo Nº 1057. Sin una modificación así, podría obtenerse un reglamento más justo, pero abiertamente ilegal.

Hecha esta precisión preliminar, en las líneas siguientes nos dedicamos a abordar las modificaciones propuestas.

I No autonomía y subordinación

1.1. La modificación del artículo 1º plantea, en primer lugar, establecer que la *"no autonomía"* a que alude el texto vigente equivale a *"subordinación"*.

Opinamos que si bien desde la perspectiva conceptual, tales expresiones podrían considerarse equivalentes (en tanto ambas aluden a la prestación de servicios bajo la conducción del acreedor de los mismos, y al correlativo deber del prestador de sujetarse a dicha dirección), el ser la *"subordinación"*, en sentido estricto, un elemento constitutivo del contrato de trabajo y, como tal, determinante de una relación laboral, **su empleo en el marco de la contratación administrativa de servicios, podría generar confusiones respecto a la naturaleza no laboral atribuida a este régimen, la misma que ha sido dispuesta expresamente por el Decreto Legislativo Nº 1057.**

Por ello, el contenido de dicha propuesta excede la competencia de un Decreto Supremo que reglamente el Decreto Legislativo Nº 1057, y por tanto requiere de una Ley que modifique expresamente dicho Decreto Legislativo.

1.2. De otro lado, se plantea modificar el texto vigente, que dispone que el régimen confiere "*únicamente*" los beneficios y obligaciones que establece el Decreto Legislativo Nº 1057 y su Reglamento, eliminando la palabra "*únicamente*".

Consideramos que la expresión "*únicamente*" debería mantenerse, por ser concordante con el artículo 6º del Decreto Legislativo Nº 1057, que dispone que el contrato administrativo de servicios comprende "*únicamente*" los derechos que en dicho artículo se mencionan.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - V° B° - O.A.J. -

Esto no niega el que a las personas comprendidas en este régimen les puedan ser reconocidos derechos adicionales con posterioridad, lo que podría hacerse en el marco de una eventual revisión integral de su diseño.

II Procedimiento de contratación

Respecto a la modificación del artículo 3º, que norma el procedimiento de contratación, nuestros comentarios son los siguientes:

2.1. Nos parece adecuado, como se propone, que sea una Comisión la encargada de conducir los procedimientos de contratación, porque esta medida abonará a favor de la transparencia y objetividad de dichos procedimientos, al determinar que los resultados de ellos no dependan de una persona, sino de un colegiado. Sobre este particular, acompañamos a Morón Urbina, quien sobre la actuación de órganos colegiados sostiene que:

> *"(...) tienden a reforzar el consenso para la toma de decisiones, de modo que para adoptar decisiones no sólo se soporte en el criterio de una sola autoridad (órganos unipersonales) sino en un colectivo, que se reputa más participativo, democrático y atemperador de las improntas que suelen acompañar los procedimientos en manos de instancias unipersonales."*[1]

[1] MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General,* Gaceta Jurídica, tercera edición revisada actualizada, Lima, 2004, p. 330.

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

Consideramos, sin embargo, que debería preverse la composición básica de la Comisión, estableciendo que ésta deba ser integrada, al menos, por el titular de la unidad orgánica que requiere la contratación (o por quien éste designe), y por un representante del órgano encargado de la gestión de los contratos administrativos de la respectiva entidad. Debería además, establecer un número mínimo de tres integrantes.

2.2. Es adecuado establecer que la convocatoria, además de hacerse en el portal institucional y en un lugar visible de la entidad, deba realizarse en el Portal del Estado Peruano, como se propone. También que se deba hacer en la página **de acceso** del portal web institucional.

Ambas disposiciones contribuyen a mejorar la publicidad de los requerimientos de contratación y con ello, reafirman el principio de igualdad de oportunidades que debe primar en el acceso a prestar servicios en la administración, con independencia del vínculo contractual en que se haga.

También es adecuado que se regule la situación de aquellas entidades que no cuenten con portal web, estableciendo que en esos casos la publicación se hace en lugar visible y de acceso público en el que se colocan los avisos oficiales de la entidad.

2.3. Advertimos que se reduce el plazo durante el que debe mantenerse publicada la convocatoria, de al menos 5 días hábiles previos al inicio de la etapa de selección a 3.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V°B° O.A.J.

Desde la perspectiva de la Administración, esta medida podría considerarse pertinente, en tanto agilizaría el procedimiento. Sin embargo, es importante tener presente que ella podría tener como efecto colateral restringir el número de postulaciones y, por consiguiente, las posibilidades de escoger entre un mayor número de candidatos en búsqueda de aquel que tenga la mayor calificación, lo que determina su inconveniencia.

2.4. Sobre las condiciones que debe reunir la convocatoria (la información a consignarse en ella), sería recomendable que se incluya como dato necesario **la retribución a pagarse,** pues éste es determinante de la intención (o no) de presentarse a un proceso de selección; asimismo, el hecho que el monto de la retribución sea pública para todos los postores desde la convocatoria, reduciría el margen de discrecionalidad de la administración para fijar o variar las condiciones del servicio una vez seleccionada la persona.

2.5. Respecto a la no exigencia del curriculum vitae documentado, la redacción propuesta *("Las entidades **deberán procurar** no exigir el Curriculum Vitae documentado"* – énfasis agregado) no es lo suficientemente categórica y podría dar a entender que **es potestad** de las entidades, en ciertos casos, exigir dicha presentación.

III Prohibición de doble percepción

En cuanto a la modificación del artículo 4.3º, relativa a la prohibición de doble ingreso del Estado, opinamos lo siguiente:

3.1. Tanto el texto vigente como el propuesto establecen la prohibición de percibir doble ingreso del Estado, y ambos textos además prevén como excepción la función docente. La propuesta, empero, plantea dar contenido a dicha excepción, definiendo la función como:

> *"(...) toda actividad de fortalecimiento de capacidades dentro de las cuales se encuentra toda labor de formación, capacitación y otras actividades de enseñanza que permitan fortalecer las capacidades del personal de la Administración Pública, además de las labores docentes en centros educativos de educación primaria, secundaria o instituciones universitarias y no universitarias".*

3.2. Al respecto, cabe indicar mediante Informe Legal N° 172-2009-ANSC/OAJ, ha señalado que el concepto de función docente, no sólo debe encontrarse referido a quienes desarrollan o ejercen actividades de profesores en los centros educativos de nivel inicial, primario y secundario; sino a todo aquel profesional que imparte enseñanza, ya sea en las instituciones de educación básica, universitarias y técnicas; dentro del contexto de los requisitos y exigencia que cada marco legal exige para la formación de alumnos, ya sea en la educación básica regula así como para la obtención de grados académicos.

Consideramos que éste debería ser el criterio que debe recogerse en la norma con rango de ley que regule la aplicación de la prohibición en el régimen CAS.

IV Registro de contratos administrativos

Con relación a la incorporación del artículo 4-Aº, que regula el registro de los contratos administrativos de servicios, consideramos lo siguiente:

4.1. En términos generales, estamos de acuerdo con esta disposición porque cubre un vacío importante que existe en artículo 3.1 de la norma vigente, en el que al regularse la etapa de suscripción y registro del contrato, del procedimiento de contratación, se establece que: *"Una vez suscrito el contrato, la entidad tiene cinco días hábiles para ingresarlo al registro de contratos administrativos de servicios de cada entidad (...)"*, pero no se incluye regla alguna sobre las características o contenido de dicho registro; aspectos que la propuesta aborda con propiedad.

4.2. Sin embargo, deberían hacerse los siguientes ajustes:

- No es necesario incluir como dato el "*régimen de contratación*" (literal c), desde que todos los que figuran en dicho registro tienen como único régimen el del Decreto Legislativo Nº 1057.
- Las referencias a "licencias" (literal h) y a "remuneraciones" (literal j) deberían suprimirse, por no ser acordes con la naturaleza **no laboral** del régimen.

V Duración del contrato administrativo

Respecto a la modificación del artículo 5º, relativo a la duración del contrato administrativo de servicios, y a su posibilidad de renovación o prórroga, consideramos lo siguiente:

5.1. Debería establecerse un número máximo de ampliaciones de plazo (renovación, tratándose de contratos cuyo plazo se desea ampliar para el ejercicio presupuestal siguiente; o prórroga, tratándose de contratos cuyo plazo vaya a ser ampliado durante el ejercicio), número que, desde nuestro punto de vista, podría ser dos por cada año.

5.2. Así, si el contratado ingresó en el cuarto mes del año, por ejemplo, la entidad debería considerar al fijar del plazo inicial, que éste solamente podrá ser ampliado (vía prórroga) dos veces en ese ejercicio. Y si el contratado estuvo laborando en un ejercicio presupuestal anterior, la entidad debería programar la ampliación del plazo considerando que, además de la renovación que extienda el contrato hacia el nuevo ejercicio, durante éste solamente podrá realizar una prórroga.

5.3. De este modo, se promovería que las instituciones planifiquen las contrataciones administrativas a realizar o mantener, de manera que su plazo esté ligado al tiempo efectivo por el que se requiera el servicio, proscribiendo aquella práctica de efectuar prorrogas mensuales o por plazos menores, que además de complicar la gestión interna, traduce una inexistente o deficiente organización.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – V° B° – O.A.J. –

VI Jornada máxima

Sobre el artículo 6º, que norma la jornada máxima, tenemos los siguientes comentarios:

6.1. Es adecuado que se precise la posibilidad de celebrar contratos por jornadas semanales menores a las 48; sin embargo, no existen razones objetivas para establecer que debe existir una jornada semanal mínima de 36 horas, como se propone. Esto limitaría a aquellas entidades que deseen contratar personal por menos horas **en función de sus necesidades reales**.

6.2. También compartimos la idea de establecer que las entidades deben fijar la jornada diaria, así como un horario de ingreso y salida, pues así se promoverá el cumplimiento efectivo de la jornada máxima de 48 horas semanales que, en concordancia con el mandato Constitucional, establece el Decreto Legislativo Nº 1057.

VII Modificación del contrato administrativo

7.1. Actualmente, el artículo 7º dispone que el contrato administrativo de servicios se puede modificar en los siguientes aspectos: el lugar, tiempo y modo de la prestación, sin que ello requiera la celebración de nuevo contrato.

7.2. La modificatoria propone que las partes puedan también modificar la contraprestación sin necesidad de realizar un nuevo proceso de contratación, siempre que dicha

modificación esté debidamente justificada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación, y se reúnan los siguientes requisitos:

- Que la entidad tenga una escala de pagos previamente aprobada,
- Que exista opinión favorable previa de la autoridad rectora del régimen CAS, y;
- Que se tenga la disponibilidad presupuestaria correspondiente.

7.3. Es adecuado permitir que la contraprestación pactada sea modificada, siempre y cuando se cumplan con los criterios objetivos de razonabilidad, proporcionalidad y no discriminación mencionados. Siendo el contrato administrativo de servicios de ejecución continuada, es plenamente posible que en su desarrollo surja la necesidad de incrementar las funciones o responsabilidades del contratado, y que ello tenga un efecto lógico en el monto de lo percibido, sin necesidad de exigir la realización de un procedimiento de contratación y la celebración de un nuevo contrato.

7.4. Sin embargo, encontramos inconveniente establecer que para dicha modificación sea necesario contar con la opinión favorable de la autoridad rectora del régimen CAS, pues esto significaría que ésta deba intervenir en procesos decisorios de cada entidad, lo que no sólo está fuera de su competencia, sino que además rebasaría su capacidad operativa.

VIII Descanso físico anual

Sobre el artículo 8º, relativo al descanso físico anual, nuestros comentarios son los siguientes:

8.1. Se plantea establecer que en el caso de contratos por sustitución, para alcanzar el año requerido para ganar el derecho al descanso anual, el contratado puede acumular el tiempo que prestó servicios de manera previa a la sustitución contractual, esto es, puede sumar a su nuevo periodo como contratado bajo el régimen del Decreto Legislativo Nº 1057, aquel que laboró previamente en otra modalidad.

Esta propuesta resulta contraria al sentido del Decreto Legislativo Nº 1057, que fue, precisamente, crear un marco jurídico que **a partir de su vigencia,** reconozca un mínimo de derechos a las personas comprendidas en su ámbito, derivados de su relación de prestación de servicios "no autónomos" al Estado.

Permitir la acumulación que se plantea, implicaría asumir que los efectos de dicho Decreto Legislativo (entre ellos, el reconocimiento de determinados derechos) pueden recaer en aquellas relaciones jurídicas que existieron antes de su vigencia, revisando las consecuencias que éstas produjeron. Esto atribuiría efectos retroactivos a la propuesta, contraviniendo la regla de irretroactividad contenida en el artículo 103º de la Constitución.

8.2. De otro lado, se propone que en el caso que el contrato concluya antes de cumplirse el año de prestación de servicio, y siempre que el servicio prestado haya sido como mínimo de un mes, el contratado deberá percibir un pago proporcional por los meses y días de servicio prestados efectivamente, a razón de treintavas y dozavas partes.

Esta propuesta es adecuada porque reconoce el derecho del contratado que superó un mes, pero que no alcanzó el año de servicios, a un pago proporcional, opción que es concordante con lo que sobre el particular expresa la Recomendación Nº 98 de la Organización Internacional del Trabajo, en el sentido que en cada país debería incumbir

> *"al organismo apropiado prever que cuando el empleo termine antes de la expiración del período de servicio necesario para tener derecho a vacaciones anuales pagadas (...), el trabajador debería tener derecho, sea a vacaciones anuales pagadas proporcionales al período de trabajo efectuado, sea a una indemnización compensatoria, sea a un crédito equivalente de vacaciones, según cuál de estos sistemas se considere más apropiado."*

8.3. Finalmente, se plantea establecer que el descanso anual no es acumulable, y que en caso el contratado no lo goce dentro del año siguiente de haberlo adquirido, sólo tiene derecho al pago de la retribución por los 15 días.

Esta propuesta cubre el vacío actual, en tanto establece (indirectamente) que el descanso anual debe gozarse dentro del año siguiente de haberlo ganado, y atribuye una consecuencia a la falta de disfrute en dicho plazo: la generación de responsabilidad en la autoridad que no otorgó el descanso, además del derecho a la compensación económica (de 15 días) por el descanso adquirido y no gozado.

Creemos que la atribución de responsabilidad a la autoridad que no otorgó el descanso, promoverá que éste sea concedido por las entidades de manera oportuna, esquema en el cual el pago por el descanso no gozado sólo será un mecanismo de excepción.

IX Seguridad social en salud

Respecto a la modificación del artículo 9º, sobre a la cobertura del Seguro Social de Salud - EsSalud, expresamos lo siguiente:

9.1. Actualmente, dicho artículo dispone que las prestaciones económicas cuya cuantía se determine en función a los ingresos percibidos por el asegurado, su cálculo se realiza en función a la contraprestación percibida, sin exceder la base imponible máxima de 30% de la UIT vigente.

Esto implica que ningún contratado bajo el régimen puede percibir por concepto de subsidios por incapacidad temporal o maternidad un monto mensual mayor a S/. 1,080.00 (teniendo presente que la UIT para el presente año es S/. 3,600).

9.2. La modificación plantea que el cálculo de tales prestaciones se realice en función al 100% de la contraprestación mensual percibida, bajo las mismas reglas aplicables a cualquier otro afiliado regular, para cuyo efecto elimina el tope existente.

9.3. Esta modificación es pertinente. En primer lugar, porque el límite actual desprotege claramente al contratado asegurado, al determinar que durante los periodos en que se encuentra con incapacidad temporal o con descanso pre y post natal, su ingreso se vea disminuido (tratándose de aquellos que perciben por encima de S/. 1,080.00).

Este efecto no condice con el carácter del subsidio, ni con el propósito que éste persigue: sustituir el ingreso del asegurado mientras éste se encuentre atravesando alguna contingencia que le impida generarlo.

9.4. De otro lado, al tratarse de una limitación que incide en la cobertura de la seguridad social, no es jurídicamente adecuado que se encuentre contenida en una norma reglamentaria.

Debe tenerse en cuenta que el Decreto Legislativo Nº 1057 ha previsto la base imponible máxima de 30% de la UIT **como tope al aporte de las entidades contratantes; y no como un tope a las prestaciones económicas que EsSalud debe otorgar.** Aún cuando esto pueda implicar una asimetría, ésta no podría haberse salvado por la vía reglamentaria.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V° B° O.A.J.

9.5. No obstante, en la medida que la modificación propuesta implicaría que EsSalud deba destinar mayor cantidad de recursos al pago de subsidios, consideramos que debe requerirse la opinión técnica de esta entidad.

X Régimen pensionario

Sobre la modificación del artículo 10º, advertimos lo siguiente:

10.1. En el texto actual se regula la situación de aquellos contratados cuya afiliación y cotización a un régimen de pensiones es obligatoria (aquellos que ingresaron a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo Nº 1057), y la de aquellos cuya afiliación y cotización es opcional (los que estuvieron prestando servicios a la entrada en vigencia de dicha norma y cuyo contrato fue sustituido por un contrato administrativo de servicios).

Con relación a los segundos, se dispone que si se encuentran afiliados a un régimen pensionario **pero hubieran suspendido sus pagos o estuvieran aportando un monto voluntario**, podrán permanecer en dicha situación u optar por aportar como afiliados regulares, comunicándolo a la entidad.

10.2. La propuesta plantea modificar esta disposición, de modo que:

- quienes se encuentran afiliados a un régimen pensionario **pero que hubieran suspendido sus pagos**, puedan permanecer en dicha situación u optar por aportar como afiliado regular (de modo que para éstos la regulación vigente se mantendría), y que,

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

- quienes se encuentran afiliados a un régimen pensionario **pero estuvieran aportando un monto como facultativos o independientes, pasen a ser afiliados obligatorios.**

10.3. Esta propuesta no se ajusta a las reglas de afiliación establecidas en el Decreto Legislativo Nº 1057. Conviene recordar que el artículo 6.5 de esta norma dispone lo siguiente:

> *"6.5 La afiliación a un régimen de pensiones es opcional para quienes ya vienen prestando servicios a favor del Estado y son contratados bajo el presente régimen; y, obligatoria para las personas que sean contratadas bajo este régimen a partir de su entrada en vigencia."*

Así, para este dispositivo lo determinante a efectos de tener la calidad de asegurado opcional u obligatorio, respectivamente, **es haber estado prestando servicios a la fecha de su entrada en vigencia, o haber sido ser contratado a partir de ésta.**

No existe en esta norma algún elemento que permita sostener que quienes se encuentran en la primera situación (de afiliación opcional), pero que estén aportando de manera voluntaria a algún régimen, deban convertirse en aportantes obligatorios, como se propone. En esa medida, la modificación propuesta no es viable.

XI Provisión de condiciones para la ejecución del contrato

Sobre la incorporación del artículo 10-Aº, respecto a las condiciones necesarias para la ejecución del contrato, estamos de acuerdo con establecer que la entidad contratante deba disponer lo necesario para garantizar que las personas contratadas bajo el cumplan con la ejecución de sus obligaciones.

También apoyamos la idea de establecer que en el caso que el contratado necesite desplazarse fuera del lugar donde regularmente presta los servicios para cumplir con la ejecución de sus obligaciones, la entidad contratante deba asumir los gastos necesarios para el cumplimiento de las mismas.

XII Irrenunciabilidad del descanso pre y pos natal

Respecto a la incorporación del artículo 10-B, que precisa la irrenunciabilidad de la licencia de pre y postnatal, no tenemos objeciones.

No obstante, esta precisión debe ir necesariamente acompañada de la revisión de las reglas sobre el cálculo del subsidio por maternidad (materia comprendida en lo desarrollado en el punto IX), pues la intención de algunas contratadas de renunciar a su derecho al descanso pre y post natal, podría estar motivada en su preocupación por saber que, de hacer efectivo tal descanso, podrán percibirán por concepto de subsidio una suma sujeta al tope del 30% de la UIT, que no reemplazará íntegramente su ingreso regular.

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

XIII Suplencia y encargo de funciones

13.1. El texto vigente del artículo 11º del Reglamento dispone que *"Las personas contratadas bajo el régimen del Decreto Legislativo Nº 1057 pueden ejercer la suplencia o conformar comisiones temporales por encargo en la entidad contratante"*.

La propuesta plantea modificar dicha regulación, estableciendo:

- que los contratados pueden ejercer la suplencia o asumir el encargo de puesto o de funciones de titulares de órganos o unidades orgánicas o empleados de confianza, en tanto se produzca el nuevo nombramiento o designación, y
- que el encargo es temporal, no pudiendo ser mayor a un año fiscal.

13.2. En primer lugar, el encargo de funciones o de puesto, es una figura propia de los regímenes de carrera, cuya vinculación de naturaleza permanente dista mucho de la naturaleza temporal de la contratación administrativa de servicios.

En segundo lugar, la figura de encargo en el régimen de la carrera pública, trae consigo el pago de un diferencial remunerativo, que resultaría incompatible con el régimen CAS.

Cuando el actual reglamento indica que los contratados bajo el régimen CAS participen en comisiones temporales por "encargo" de la entidad contratante, en realidad, está haciendo un uso del término mucho más coloquial que técnico, dado que el legislador no podía extender al CAS los conceptos contenidos en las directivas del INAP o disposiciones de personal contenidas en el Decreto Legislativo Nº 276.

En ese sentido, y a fin de evitar interpretaciones descontextualizadas, consideramos pertinente modificar el reglamento en esta parte, de modo que quede establecido que los contratados podrán participar en comisiones de naturaleza temporal cuando así lo disponga la entidad contratante.

XIV Suspensión de la relación contractual

14.1 Respecto al artículo 12º, por el que se incorporan diversos supuestos de suspensión con goce de contraprestación y sin goce de ella, nuestro principal comentario es que dicha modificación implicaría extender al régimen CAS algunas de las licencias previstas para los servidores sujetos al régimen del Decreto Legislativo Nº 276 (aquellas por fallecimiento del cónyuge, padres, hijos o hermano, por matrimonio o por enfermedad grave de ciertos familiares, por ejemplo).

14.2 Tal extensión no podría hacerse a través de una modificación del Reglamento, ya que contravendría el Decreto Legislativo Nº 1057, que expresamente establece (artículo 3º) que el contrato administrativo de servicios no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

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

14.3 Merece anotarse que las licencias que a nivel reglamentario se han previsto en el reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, tienen como soporte legal el inciso e) del artículo 24º de esta norma, que establece como derechos de los servidores públicos de carrera: *"Hacer uso de permisos o licencias por causas justificadas o motivos personales, **en la forma que determine el reglamento**"* (énfasis agregado). **No existe una habilitación similar en el Decreto Legislativo Nº 1057.**

14.4 Asimismo, conviene indicar que la modificación propuesta toma como base de una de las licencias que concede (por función edil), la Ley Nº 23853, que fue derogada por la vigente Ley Orgánica de Municipalidades, Ley Nº 27972.

De otro lado, alude a los supuestos de capacitación oficializada y no oficializada que el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM reguló en los artículos 113º y 116º, respectivamente, derogados por el Decreto Supremo Nº 009-2010-PCM.

14.5 En ese sentido, de esta propuesta podrían tomarse (además de los supuestos ya previstos en el texto vigente) los de suspensión por goce del descanso físico semanal, anual, y por compensación por horas laboradas en sobretiempo.

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL V° B° O.A.J.

El último tiene especial importancia, porque reafirma la obligación que tienen las entidades de **retribuir el tiempo laborado en exceso por los contratados con un descanso compensatorio.** Ello, a su vez, se traduce en un refuerzo de la obligación de respetar los límites de tiempo de trabajo establecidos constitucional y legalmente.

XV Extinción del contrato administrativo

Respecto la modificación del artículo 13º, sobre los supuestos de extinción del contrato administrativo, expresamos lo siguiente:

15.1 Actualmente, dicha norma señala que el contrato administrativo de servicios se extingue por el incumplimiento injustificado **de las obligaciones** derivadas del contrato.

15.2 Es correcta la aclaración que se propone, en el sentido que la extinción del contrato administrativo resulte del **incumplimiento sustancial de obligaciones esenciales derivadas del contrato,** y no cualquier incumplimiento formal de cualquier obligación; pues, al ser la resolución contractual una medida extrema, su activación no debería darse ante cualquier tipo de incumplimientos, sino sólo ante aquellos que revistan gravedad por recaer en deberes **esenciales** del contratado.

XVI Órgano responsable de cada entidad

Sobre la modificación del artículo 15º, por la que se plantea atribuir la responsabilidad de la administración de los contratos administrativos a la Oficina de Personal o Recursos Humanos de cada entidad, consideramos que, aún cuando la gestión de dichos contratos puede tener más afinidad con las funciones de tales Oficinas (por temas como el control del tiempo de trabajo, la programación de los descansos anuales, la afiliación al ESSALUD, la tramitación de subsidios, entre otros); **sería recomendable mantener la flexibilidad del texto vigente, que**

deja a cargo de cada entidad determinar el órgano que asumirá dichas funciones de acuerdo a sus instrumentos de gestión. Esta regulación permite que cada institución ordene su actuación según sus particularidades.

En ese sentido, discordamos también con la propuesta de incorporar la quinta disposición complementaria transitoria, que otorga un plazo para la entrada en vigencia de esta regulación.

XVII Resolución de conflictos

17.1. La modificatoria del artículo 16º plantea establecer que los conflictos derivados de la prestación de los servicios regulados por el Decreto Legislativo Nº 1057, se resuelven en primera instancia por el órgano responsable de la administración de contratos administrativos de servicios de cada entidad, y que la decisión de dicho órgano es impugnable ante el máximo órgano ejecutivo de la institución. Así, se reemplaza el texto vigente, que establece un modelo de resolución administrativa de controversias en instancia única.

17.2. Advertimos que esta propuesta omite tener en cuenta el artículo 17º del Decreto Legislativo Nº 1023, que establece que el Tribunal del Servicio Civil es el órgano que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado que (según la tercera disposición complementaria final de la misma norma**) comprende a los regímenes de carrera y formas de contratación de servicios de personal utilizados por las entidades públicas**, con las excepciones expresamente previstas.

En el mismo sentido apunta el artículo II del Título Preliminar de dicha norma al establecer que *"El servicio civil es el conjunto de medidas institucionales por las cuales se articula y gestiona el personal al servicio del Estado, que debe armonizar los intereses de la sociedad y los derechos de las personas al servicio del Estado."*

Desde esa perspectiva, lo propuesto estaría sustrayendo reglamentariamente al Tribunal del Servicio Civil, una competencia establecida en una norma con rango de ley, lo que determina su inconveniencia.

XVIII Supervisión de los Órganos de Control Institucional

Respecto a la incorporación del artículo 17º, que establece que todas las oficinas de control institucional sean los encargados de supervisar el estricto cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto Legislativo Nº 1057, expresamos lo siguiente:

18.1. El artículo 6º de la Ley Nº 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, señala que el control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de políticas y planes de acción, evaluando los sistemas de

administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes.

18.2. Por ello, resulta innecesario que el reglamento de Decreto Legislativo Nº 1057, mencione funciones ya establecidas en la norma que regula las atribuciones y funcionamiento de los Órganos integrantes del Sistema Nacional de Control.

Igual comentario nos merece la undécima disposición complementaria final, que se propone incorporar en el mismo sentido.

XIX Contratos de administración de recursos

19.1. La modificatoria de la Tercera Disposición Complementaria Transitoria, plantea establecer que aquellos contratados a través de convenios de administración de recursos, del Fondo de Apoyo Gerencial del Sector Público u otros similares, que sean incorporados al régimen del Decreto Legislativo Nº 1057, **tienen que la condición de afiliados obligatorios** del Sistema Nacional o Privado de pensiones.

19.2. Esta modificación contraviene el artículo 1º del Decreto de Urgencia Nº 120-2009, que ha establecido que las mencionadas personas al incorporarse al régimen CAS **son afiliados opcionales**, en los siguientes términos:

> *"Artículo 1.- Exoneración del numeral 6.5 del artículo 6 del Decreto Legislativo Nº 1057*
> *Exonérese del numeral 6.5 del artículo 6 del Decreto Legislativo Nº 1057 - Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, a las Entidades Públicas que en el marco de la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria del Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM, incorporen a los consultores contratados en el marco de Convenios de Administración de Recursos, Costos Compartidos, y otros similares con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD y con otros organismos internacionales, a efectos que la afiliación a un régimen de pensiones para aquellos consultores que sean incorporados en el marco del presente artículo, al régimen regulado por el Decreto Legislativo Nº 1057, sea opcional."*

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - V° B° - O.A.J.

XX Efectos presupuestarios

Sobre la propuesta de modificar la sexta disposición complementaria final, que establece que los gastos presupuestarios derivados de la contratación administrativa, se seguirán registrando en las mismas partidas presupuestales en las que se afectaban los contratos por servicios no personales, **añadiendo que ello será así en tanto el Ministerio de Economía y Finanza disponga lo contrario**, sugerimos estar a la opinión que dicho Sector emita.

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

XXI Aportes a EsSalud y retenciones del Impuesto a la Renta

Con relación a la incorporación de la novena y la décima disposiciones complementarias finales, en las que se establece, respectivamente, que los pagos a EsSalud efectuados entre el 29 de junio de 2008 y el 31 de diciembre de ese año son debidos, y que la calificación, retención y pago del Impuesto a la Renta realizada hasta la misma fecha es válida, sugerimos estar a la opinión de la EsSalud y la SUNAT, al tratarse de materias que se encuentran dentro de sus correspondientes ámbitos de competencia.

XXIII Tratamiento de los proyectos de inversión

23.1. Se propone incorporar una sexta disposición complementaria transitoria, que regule la situación de los contratos administrativos de servicios suscritos antes de la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia Nº 057-2009 (que dispuso que el régimen CAS no es de aplicación para la ejecución de dichos proyectos), **y que a la fecha aún se encuentren vigentes**.

23.2. Una medida como ésta pudo resultar pertinente en el año 2009, cuando el referido Decreto de Urgencia excluyó a los proyectos de inversión del régimen de contratación administrativa de servicios, sin prever los efectos que dicha medida tendría sobre los contratos administrativos que a la fecha de entrada de su vigencia se encontraban vigentes.

23.3. En el contexto actual, no existen contratos administrativos de servicios en los proyectos de inversión, no sólo por lo dispuesto en el referido Decreto de Urgencia, sino también porque la Ley de Presupuesto para el presente ejercicio, Ley Nº 29465, ha establecido en la parte final de su artículo 10.3 que: *"La Contratación Administrativa de Servicios (CAS) no es aplicable en la ejecución de proyectos de inversión pública"*.

23.4. Siendo así, la disposición complementaria que se plantea no es viable, máxime cuando ella no podría tener carácter retroactivo, regulando efectos ya cumplidos.

CONCLUSIÓN

La propuesta modificatoria sometida a consideración debe ser replanteada en los aspectos que han sido materia de observación en el presente informe.

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

MMC/apv
D:/Mis doc/archivos 2010/Informes legales (IL)/IL-Modif. Reglamento 1057-PCM