



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° 104 -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 : Consulta sobre aplicación de la Ley N° 26771 al régimen del Decreto Legislativo N° 1057

Referencia : Oficio N° 72-AO-IGP/2010

Descriptor : a) Competencia de SERVIR
b) Opinión legal respecto a presunción de injerencia de los funcionarios directivos o cargos de confianza en la contratación de personal.
c) Aplicación de las normas de nepotismo en los Contratos Administrativos de Servicios.

Fecha : Lima, **07 MAY 2010**

Tengo el agrado de dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual el Director de Administración del Instituto Geofísico del Perú consulta sobre la posibilidad de incurrir en nepotismo al contratar a una persona bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057, que tiene parentesco directo con un funcionario de dirección o cargo de confianza dentro de la institución, aun cuando dicho funcionario no ejerza injerencia directa en el área a contratar o facultado a contratar al personal.

Al respecto, expresamos lo siguiente:

I Antecedentes y Base Legal:

1.1 El artículo 2º del Reglamento de la Ley N° 26771 -"Establecen prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco", aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2000-PCM, dispone que: "*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





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"

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.

No configura acto de nepotismo la renovación de contratos de servicios no personales pre-existentes, realizados de acuerdo a la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Sector Público."

- 1.2 La Quinta Disposición Complementaria Final del reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM señala que: *"La prohibición establecida en el artículo 1 de la Ley N° 26771 es de aplicación en los contratos administrativos de servicios."*

II Análisis:

Competencia de SERVIR

- 2.1. Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia de servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, acceso, 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 respectivas competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales en 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 entre 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 necesariamente a situación particular alguna.
- 2.4 De otro lado, respecto a nuestra competencia para interpretar la Ley N° 26771 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2000-PCM, debemos advertir que aun cuando la finalidad de dicho marco normativo es, entre otras, evitar prácticas inadecuadas que propicien el conflicto de intereses entre interés personal y el servicio público¹), también establece determinadas limitaciones para el acceso a la función pública .

De acuerdo con lo establecido en el literal h) del artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1023, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, tiene como función emitir opinión en las materias de su competencia, lo que a su vez está determinado por el artículo 5º del

¹ Segundo considerando del Decreto Supremo N° 021-2000-PCM





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

mencionado Decreto Legislativo que establece que el Sistema encabezado por Autoridad, comprende la planificación de políticas de recursos humanos y gestión del empleo; lo que evidentemente incluye la interpretación de las normas que regulan o limitan el acceso al servicio civil .

- 2.5 Conforme a lo señalado en el artículo 2º de la Ley Nº 26771, los Organos de Control Interno de las entidades son los encargados de velar por el estricto cumplimiento de dicha Ley.
- 2.6 Es por ello que, sin perjuicio de las facultades de los órganos de control interno de cada entidad y de la Contraloría General de la República, para velar por el estricto cumplimiento de la ley en mención, SERVIR tiene competencia para opinar sobre el contenido de dicho marco normativo, en lo que respecta a las limitaciones al acceso al servicio civil y la gestión del empleo público.

Configuración del acto de nepotismo

- 2.7 El artículo 2º del Reglamento de la Ley Nº 26771, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 021-2000-PCM, define el acto de nepotismo, como aquel en que los funcionarios de dirección y/o personal de confianza de la Entidad ejerzan la 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 presume, 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.**

Por otro lado, se entiende por **injerencia indirecta cuando el funcionario del caso anterior, sin formar parte de la entidad en la que se realizó la contratación o el nombramiento puede, por razón de sus funciones, ejercer alguna injerencia en quienes toman o adoptan la decisión de contratar o nombrar en la unidad correspondiente.**

- 2.8 Consideramos que el objetivo de las normas de nepotismo no es circunscribir dichos actos a determinada categoría de funcionarios o servidores (sean estos Ministros, titulares de organismos autónomos, directores, funcionario público conforme a la definición de la Ley Nº 28175, empleado de confianza, directivo superior, especialista, ejecutivo o servidor), sino que, para efectos de presumir la injerencia directa, califica como funcionario de dirección o personal de confianza a todo aquel que, ejerciendo un cargo jerárquico superior frente a otros, tiene algún nivel de influencia respecto a aquella persona que decide o contrata al personal al interior de la entidad.
- 2.9 De otro lado, respecto al nivel de influencia a que alude el párrafo precedente, entendemos por influencia a la habilidad de ejercer poder (en cualquiera de sus formas) sobre alguien, es decir, ejercer predominio respecto a una persona. Una evidencia de influencia de una persona respecto a otra, es la relación de jerarquía o subordinación de una persona respecto a otra; en virtud de la cual, la primera puede supervisar su labor, dirigirla y eventualmente sancionarla o corregirla cuando el caso lo amerite.





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"

- 2.10 Por ello, independientemente de la clasificación de dicho cargo dentro del empleo público o cualquier otra norma del servicio civil, consideramos que para efectos de las normas de nepotismo, se encuentra comprendido en las limitaciones de la Ley N° 26771 y su reglamento, aquellas personas que dentro de la estructura jerárquica de la organización, ejercen influencia en los funcionarios o profesionales que tienen entre sus funciones, convocar, seleccionar, evaluar, y contratar al personal de la entidad.
- 2.11 Del mismo modo, conforme a lo señalado en la Quinta Disposición Complementaria Final del reglamento del Decreto Legislativo N° 1057 aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, las prohibiciones mencionadas por la Ley N° 26771 y su reglamento son aplicables en los contratos administrativos de servicios
- 2.12 Para el caso que es objeto de consulta, corresponderá a las entidades públicas contratantes verificar si dentro de las competencias del personal que ocupa cargos directivos y/o de confianza, se encuentra la evaluación, supervisión y eventual cuestionamiento a las autoridades que, dentro de la organización tienen las facultad de decidir o contratar al personal de la entidad, de manera tal que pueden ejercer algún nivel de influencia en la gestión de dichos funcionarios.

III Conclusión

En conclusión, considerando el marco normativo reseñado, la prohibición establecida en la Ley N° 26771, es aplicable a los contratos del Decreto Legislativo N° 1057 que regula el régimen de contratación administrativa de servicios, conforme a lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria Final de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

Para efectos de presumir la injerencia directa y/o indirecta, califica como funcionario de dirección o personal de confianza, todo aquel que, ejerciendo un cargo jerárquico superior frente a otros, tiene algún nivel de influencia respecto a aquella persona que decide o contrata al personal al interior de la entidad, independientemente si dicho superior jerárquico puede ser clasificado como funcionario o servidor o cualquier otra categoría prevista en la Ley N° 28175.

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/
c/mmc/2010/Informes/IL Nepotismo en CAS