



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Lima,

INFORME TECNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

- A :** **ADA YESENIA PACA PALAO**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil
- De :** **ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS**
Coordinador de Soporte y Orientación Legal
- Asunto :** Impedimentos para la contratación de personal bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 1057, Régimen de Contratación Administrativa de Servicios.
- Referencia :** Oficio N° 00010-2021-OEFA/OAD-URH.

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Jefe de la Unidad de Recursos Humanos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA consulta sobre los impedimentos para la contratación de personal bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 1057, Régimen de Contratación Administrativa de Servicios.

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR es un organismo 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 que adopte cada entidad.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al 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.
- 2.3 Considerando lo señalado hasta este punto resulta evidente que no corresponde a SERVIR -a través de una opinión técnica- emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.



Sobre los impedimentos para contratar bajo el régimen de Contrato Administrativo de Servicios

2.4 En principio, la Constitución Política reconoce el derecho a trabajar libremente, con sujeción a la Ley¹; sin embargo, como cualquier otro derecho, su ejercicio no es irrestricto, puesto que deben observarse las limitaciones que la Ley establece en atención a otros derechos o intereses que también merecen tutela por parte del ordenamiento jurídico.

2.5 Así, en el caso del régimen especial de contrato administrativo de servicios (CAS), el artículo 4° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, aprobado por Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (en adelante, Reglamento CAS) y modificado por Decreto Supremo N° 065-2011-PCM, señala taxativamente los supuestos de impedimento para contratar en el mencionado régimen:

"(...)

*4.1 No pueden celebrar contratos administrativos de servicios las personas con inhabilitación administrativa o judicial para el ejercicio de la profesión, para contratar con el Estado o para desempeñar función pública."*²

*4.2 Están impedidos de ser contratados bajo el régimen de contratación administrativa de servicios quienes tienen impedimento, expresamente previsto por las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, para ser postores o contratistas y/o para postular, acceder o ejercer el servicio, función o cargo convocado por la entidad pública."*³

2.6 Ahora bien, se puede advertir que el supuesto de impedimento descrito en el numeral 4.2 del artículo 4° del Reglamento CAS nos remite a las normas del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante, TUO de la LCE), la cual en su artículo 11.1° contiene los impedimentos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en procesos de contratación pública.

2.7 En esa línea, de acuerdo con los literales c) y h) del numeral 11.1 su artículo 11° de la Ley N° 30225 (modificado por el Decreto Legislativo N° 1444), se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas del estado, bajo cualquier régimen legal de contratación -entre otras- las siguientes personas:

"(...)

c) Los Gobernadores, Vicegobernadores y Consejeros de los Gobiernos Regionales. En el caso de los Gobernadores y Vicegobernadores, el impedimento aplica para todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta doce (12) meses después y solo en el ámbito de su competencia territorial. En el caso de los Consejeros de los Gobiernos Regionales, el

¹ Numeral 15 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993.

² El artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1295, modificado por el Decreto Legislativo 1367, establece las consecuencias de la imposición de las sanciones de destitución o despido, precisando que estas acarrearán la inhabilitación automática para el ejercicio de la función pública y para prestar servicios por cinco (5) años, no pudiendo reingresar a prestar servicios al Estado o a empresa del Estado, bajo cualquier forma o modalidad, por dicho plazo.

³ Impedimentos para ser postor y/o contratista, regulado por el artículo 11° de la Ley N° 30225.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

impedimento aplica para todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo. (...)

h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:

(ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

(...)"

- 2.8 Bajo ese marco normativo, se advierte que en virtud a la LCE, tanto el cónyuge, el conviviente, como los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un Gobernador o Vicegobernador Regional se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en procesos bajo cualquier régimen legal de contratación con el Estado, siempre que su intervención se produjera en el mismo ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.
- 2.9 Consecuentemente, en aplicación del numeral 4.2 del Reglamento CAS, no resulta posible la contratación bajo el régimen CAS del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un Gobernador o Vicegobernador Regional, en el Gobierno Regional en el que los mismos ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.
- 2.10 Ahora bien, teniendo en cuenta el contexto de la consulta, corresponde referirnos a los casos en los que un servidor CAS ya se encontrara prestando labores, por ejemplo, para un determinado gobierno regional, y posteriormente algún pariente suyo dentro del segundo grado de consanguinidad hubiera asumido el cargo de Gobernador o Vicegobernador Regional de dicha circunscripción territorial.
- 2.11 En estos casos, se puede apreciar que, en principio, la contratación primigenia del servidor CAS (a través de la cual se vinculó a la entidad) no se habría encontrado afecta al impedimento descrito en el punto ii) del literal h) concordante con el literal c) del artículo 11.1° del TUO de la LCE, puesto que en dicho momento no habría existido en la entidad pública (gobierno regional) ninguna persona que le generase el impedimento.
- 2.12 Asimismo, es oportuno tener presente que el enunciado normativo contenido en el punto ii) del literal h) del artículo 11.1° del TUO de la LCE no ha precisado claramente si el impedimento que contiene resulta aplicable incluso en los casos en que los funcionarios a que se refiere el literal c) del mismo artículo hubieran ingresado a prestar servicios de forma posterior a la incorporación del servidor CAS al cual se generarían el impedimento.



- 2.13 Siendo ello así, a efectos de dilucidar dicha situación bajo un enfoque constitucional, resulta útil revisar lo señalado por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia 1087/2020 recaída en la demanda de amparo con expediente N° 03150-2017-PA/TC, en el cual tuvo la oportunidad de pronunciarse con relación a la aplicación del impedimentos para contratar con el Estado desarrollado en el punto i) del literal h) concordante con el literal a) del artículo 11.1° del TUO de la LCE⁴, precisando expresamente lo siguiente:

“(…)

21. *Atendiendo a estos principios, la existencia de restricciones o impedimentos a la participación de ciertas personas naturales o jurídicas, debe entenderse a la luz de que dichas prohibiciones coadyuven al logro o cumplimiento de los mencionados principios. En el presente caso, **se aprecia una tensión entre la libertad de contratación y la potestad del legislador de establecer restricciones a dicho derecho, plasmado concretamente en el impedimento de contratar con el Estado que tiene como destinatario a los familiares de los congresistas, detallados en el artículo 11, inciso “h” de la Ley 30225 (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativos 1341 y 1444).** (negrita y subrayado es nuestro)*
22. *En esa línea, resulta razonable el impedimento si es que la contratación se realiza con el Congreso de la República, pues se trata de la entidad a la que pertenece el congresista y, resulta evidente, sobre la cual puede ejercer influencia directa, generándose suspicacias y notorios conflictos de interés. Este mismo razonamiento puede hacerse extensivo a todos aquellos familiares o parientes de los funcionarios públicos mencionados en el citado artículo 11.1, inciso “a”. **Sin embargo, lo mismo no puede predicarse respecto a extender el impedimento a las contrataciones que el cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales señaladas en dicho artículo realicen con cualquier otra entidad estatal, supuesto respecto al cual se centrará el análisis contenido en los fundamentos 23 a 27 de la presente sentencia.** (Negrita y subrayado es nuestro)*

- 2.14 Asimismo, a través de los fundamentos 23 a 27 de la sentencia antes citada, el Tribunal Constitucional aplicó el Test de Proporcionalidad a efectos de establecer si la aplicación de la extensión del impedimento descrito en el literal a) del artículo 11.1°⁵ al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomo, resulta constitucionalmente válida. En esa línea dicho tribunal ha precisado lo siguiente:

“(…)

⁴ Impedimento para contratar del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos

⁵ El cual es aplicable a todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo, sin establecer límites territoriales ni sectoriales.

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

24. *Respecto a los fines constitucionalmente legítimos, se debe señalar que el impedimento de que familiares cercanos de los funcionarios públicos mencionados en el artículo 11.1, inciso "a", de la Ley 30225 (modificado sucesivamente por los Decretos Legislativo 1341 y 1444) puedan contratar con el Estado tiene como propósito evitar favoritismos en las contrataciones del Estado que tengan como destinatarios a familiares de autoridades que ostentan poder político y así velar por que prime el mérito y las calificaciones personales para la provisión de un bien o servicio al Estado, por lo que la norma examinada cumple con fines como, garantizar la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos y contribuir a asegurar el cumplimiento de los fines del Estado; por ejemplo, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación (para lo cual el Estado necesita contratar con particulares que coadyuven al cumplimiento de su misión)."*

2.5 *Con relación a la idoneidad de la norma descrita, este Colegiado considera que efectivamente, es probable que exista la posibilidad que se produzca una disminución de las posibilidades de que alguno de los altos funcionarios mencionados pretenda ejercer influencia para que se favorezca la contratación de algún familiar o pariente suyo. Por consiguiente, la prohibición bajo análisis, efectivamente, elimina una posible fuente de interferencia indebida o direccionamiento irregular en las contrataciones del Estado. En atención a ello, el impedimento establecido es idóneo para la consecución de los fines indicados.*

2.6 *Acerca del juicio de necesidad (...)*

(...)

(...) existe un conjunto de alternativas que resultan menos onerosas para conseguir los fines que la norma bajo análisis persigue. Queda claro, entonces, que, a juicio de este Colegiado, las medidas bajo examen no superan el juicio de necesidad y, por consiguiente, no logran sortear el test de proporcionalidad, a consecuencia de lo cual las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso "h" de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo 1444) relativo al impedimento del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1. a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, resulta desproporcionada y configura una amenaza de transgresión al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso, con las siguientes excepciones: a) conforme se establece en el fundamento 22 supra, la prohibición de contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la excepción que se describe en los fundamentos 28 a 32 infra, relativa al cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República, las cuales sí se encuentran justificadas."

2.15 De lo antes reseñado, resulta útil para efectos del análisis que compete al presente informe el hecho de que el Tribunal Constitucional entiende que los impedimentos contenidos en el literal h) del artículo 11.1° del TUO de la LCE "(...) **tiene como propósito evitar favoritismos en las contrataciones del Estado que tengan como destinatarios a familiares de autoridades que ostentan poder político y así velar por que prime el mérito y las calificaciones personales para**

*la provisión de un bien o servicio al Estado (...)", así como propiciar la "disminución de las posibilidades de que alguno de los altos funcionarios mencionados **pretenda ejercer influencia para que se favorezca la contratación de algún familiar o pariente suyo**".*

- 2.16 Siendo ello así, en la línea de lo expuesto por el máximo intérprete constitucional, se advierte que el impedimento descrito en el literal h) del artículo 11.1° del TUO de la LCE tiene por finalidad evitar la incorporación de familiares de autoridades que ostentan poder político, es decir, impedir su contratación para la prestación de servicios al Estado en las entidades sobre las cuales dichas autoridades ejercen poder, y ello con miras a garantizar que prime el principio de mérito para la provisión de un bien o servicio al Estado.

Por consiguiente, dicha finalidad también es la que pretende salvaguardar el impedimento a que se refiere el numeral 4.2 del Reglamento CAS cuando remite a la aplicación de los impedimentos descritos en el numeral precedente también a los servidores CAS.

- 2.17 Por consiguiente, se concluye que la aplicación del impedimento para la contratación bajo el régimen CAS del cónyuge, el conviviente como los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los funcionarios descritos en el literal b) del artículo 11.1° del TUO de la LCE resulta aplicable al momento de su incorporación primigenia a la entidad, esto es, respecto de aquella contratación con la cual el servidor se vincula a la misma (dándose inicio a la relación laboral), y siempre que en dicho momento el funcionario que tiene la condición de cónyuge, conviviente o pariente ya se encontrara desarrollando labores en la misma entidad.

Esto es así pues es precisamente en este momento de incorporación primigenia de un servidor a la entidad en que debe garantizarse que la misma sea practicada en estricto respeto de los principios de mérito y capacidad personal, e igualdad de oportunidades, de los cuales debe encontrarse imbuido todo acceso al servicio civil. Aunado a ello, es de advertir que este también es el momento en que el poder ejercido por el funcionario-pariente podría desplegar la conducta de favoritismo que precisamente pretende ser erradicada.

- 2.18 En consecuencia, retomando el supuesto analizado (caso de una persona que ingresó bajo el régimen CAS a un gobierno regional y posteriormente un pariente suyo asume el cargo de Vicegobernador Regional), por una parte, debe tenerse presente que el mismo se incorporó a la entidad en un momento en que no le resultaba aplicable el impedimento, y por otra parte, si bien posteriormente un pariente suyo habría asumido uno de los cargos descritos en el literal b) del artículo 11.1° del TUO de la LCE, el impedimento descrito en el punto ii) del literal h) del artículo antes mencionado no le resultaría aplicable, dado que -como ha desarrollado el propio Tribunal Constitucional- el mismo tiene por objeto prevenir una contratación que no respete los principios de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades, supuesto de hecho que no se correspondería con la situación bajo análisis ya que el servidor ya se encuentra vinculado a la entidad.



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

III. Conclusiones

3.1 En virtud de la LCE, tanto el cónyuge, el conviviente como los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un Gobernador o Vicegobernador Regional se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en procesos bajo cualquier régimen legal de contratación con el Estado, siempre que su intervención se produjera en el mismo ámbito de su competencia territorial, durante el ejercicio del cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

Por consiguiente, en aplicación del numeral 4.2 del Reglamento CAS, no resulta posible la contratación bajo el régimen CAS del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un Gobernador o Vicegobernador Regional, en el Gobierno Regional en el que los mismos ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de haber concluido el mismo.

3.2 No obstante, debe precisarse que la aplicación del impedimento para la contratación bajo el régimen CAS del cónyuge, el conviviente como los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los funcionarios descritos en el literal b) del artículo 11.1° del TUO de la LCE a que se refiere el punto ii) del literal h) del artículo antes mencionado, resulta aplicable al momento de su incorporación primigenia a la entidad, esto es, respecto de aquella contratación con la cual el servidor se vincula a la misma (dándose inicio a la relación laboral), y siempre que en dicho momento el funcionario que tiene la condición de cónyuge, conviviente o pariente ya se encontrara desarrollando labores en la misma entidad.

3.3 En el supuesto de una persona que hubiera ingresado bajo el régimen CAS a un gobierno regional y posteriormente un pariente suyo asumiera el cargo de Gobernador, Vicegobernador Regional o Consejero Regional, en principio, debe tenerse presente que el mismo se habría incorporado a la entidad en un momento en que no le resultaba aplicable el impedimento, y asimismo, si bien posteriormente un pariente suyo habría asumido uno de los cargos descritos en el literal b) del artículo 11.1° del TUO de la LCE, el impedimento descrito en el punto ii) del literal h) del artículo antes mencionado no le resultaría aplicable, dado que -como ha desarrollado el propio Tribunal Constitucional- el mismo tiene por objeto prevenir una contratación que no respete los principios de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades, supuesto de hecho que no se correspondería con la situación bajo análisis ya que el servidor ya se encuentra vinculado a la entidad.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS

Coordinador de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

AYPP/abs/ear

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2021