

El Régimen del Contrato Administrativo de Servicios: nuevas soluciones para un viejo problema

Richard J. Martin Tirado*

En este artículo, el autor analiza de manera descriptiva y didáctica un tema controversial en sede nacional: el régimen del contrato administrativo de servicios. En las líneas que siguen autor analizará cómo es que el régimen del empleo público en el Perú mediante un régimen en vía transitoria reconoce al personal sujeto a servicios no personales un conjunto de derechos y obligaciones laborales.

I. INTRODUCCIÓN

Desde diversas perspectivas se vienen efectuando un conjunto de comentarios en relación a la aplicación del régimen del contrato administrativo de servicios. La mayoría de argumentos coinciden en afirmar, que se habría perdido la valiosa oportunidad de otorgar a plenitud el conjunto de derechos y beneficios que pudieran ser aplicables a los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada.

En rigor, la fórmula prevista en el Decreto Legislativo N° 1057 y sus normas reglamentarias y complementarias, no hace más, que revelar un dato de la realidad: la necesidad de ofrecer una fórmula alternativa y no convencional al régimen de los servicios no personales.

Durante muchos años, literalmente se ha “mecido” a este conjunto de personas al servicio del Estado con fórmulas impregnadas de populismo, en las que se pretendían afirmar la necesaria e inevitable incorporación de dichas personas a la estructura formal del Estado en calidad de personal estable, sujeto a los derechos y obligaciones propios de toda relación subordinada, sin tomar en cuenta la precariedad de su acceso al empleo público, dada la inexistencia de un concurso de méritos que justifique su acceso previo a una relación subordinada con el Estado.

Los sucesivos gobiernos democráticos del país, desde la década de los ochenta en adelante, han desarrollado diversos esfuerzos bajo distinta denominación e intensidad para reformar el régimen del empleo público en el país. En los últimos tiempos, no ha sido casual que el gobierno del Presidente Toledo no haya podido solucionar el problema,

pese a que tuvo la oportunidad histórica de hacerlo. Tampoco es casual que el actual gobierno una vez que dejó de ser oposición al gobierno de Toledo, haya sacrificado gran parte de su gestión gubernamental sin ofrecer una solución específica al tema. Y es que una cosa es actuar de mero expectador del problema y otra, el tomar la decisión de sincerar las relaciones del Estado con su personal, aún cuando las soluciones sean las más dolorosas.

En el contexto de las reformas incorporadas en el marco de la legislación delegada para la implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica y con el objeto de coadyuvar al fortalecimiento institucional y a la modernización del Estado, el Poder Ejecutivo expidió el Decreto Legislativo N° 1057, como una alternativa realista frente a aquellas propuestas, que en forma irresponsable, pretendían generar una incorporación en las planillas del Estado sin ninguna consideración previa de la legalidad de su acceso, al personal sujeto a servicios no personales.

En nuestra opinión, la propuesta recogida en el Decreto Legislativo N° 1057, si bien no es la más perfecta, constituye un serio esfuerzo de parte del actual gobierno, para encarar una solución que en forma cíclica, ha sido postergada por los sucesivos gobiernos de turno. En honor a la verdad, se puede estar en desacuerdo con los sucesivos vaivenes de la política laboral del actual gobierno, pero se debe ser muy enfático en reconocer que en materia de reforma del empleo público, y particularmente, en la gestión del Ministro Mario Pasco, se ha avanzado mucho más que en los últimos años. Honor al mérito de un Ministro de Estado, que se jugó por la reforma que muchos de sus antecesores rehuyeron, por ser un tema “políticamente inconveniente”.

* Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima, Universidad San Ignacio de Loyola.

El objetivo de la reforma planteada en el paquete de Decretos Legislativos impulsados desde el Ministerio de Trabajo y de Promoción Social, y que es materia de evaluación en el caso del Contrato Administrativo de Servicios, es muy sencillo pero a la vez muy específico. Se trata de regular un régimen en vía transitoria, que reconociendo las limitaciones del mismo, le ofrezca al personal indebidamente sujeto a “servicios no personales”, un status mínimo dentro del conjunto de derechos y obligaciones que reconoce la legislación laboral en el Perú. No basta pues, invocar la aplicación del “Principio de Primacía de la Realidad”, para que por arte de magia, dicho personal se sienta sometido a las reglas aplicables a todas aquellas personas sujetas a una relación subordinada con el Estado. El razonamiento es muy simple pero a la vez contundente, nos encontramos ante un conjunto de personas al servicio del Estado, que requieren un tratamiento especial en razón de la forma en que se han vinculado con el Estado y en función del tipo de actividades que vienen prestando al servicio del Estado.

La solución no podía ser una liberalidad más de parte del Estado. La satisfacción del interés general por parte del Estado, nos obliga a marcar distancias frente a cualquier tipo de prebenda estatal sobre el tema, pues con ello se afecta no sólo el derecho de la ciudadanía en general al adecuado uso y destino de los recursos públicos, sino también de las futuras generaciones de nuestro país.

Por otra parte, la norma impone un poder-deber a la judicatura, pues permitirá evitar los excesos que se han venido presentado desde el propio Poder Judicial, al momento de identificar el tipo de relación jurídica que se determina como consecuencia de la prestación de “servicios no personales”, así como los eventuales derechos y beneficios que pudieran ser aplicables. En adelante, el Poder Judicial tendrá un listado básico de derechos y obligaciones aplicables al personal contratado y no debería excederse de ello, bajo responsabilidad.

En tal sentido, el presente trabajo sin pretender entrar en el detalle mínimo del Decreto Legislativo N° 1057 y sus normas complementarias, tiene por finalidad, efectuar un conjunto de reflexiones que pueden ser de utilidad, más allá de la simple incorporación de una legislación mínima o de base a favor del régimen de “servicios no personales”.

II. DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Tal como se ha señalado, el Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, publicados en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha veintiocho de junio de 2008 y veinticinco de noviembre de 2008 respectivamente, regulan el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

El citado régimen de contratación se encuentra vigente desde el veintinueve de junio de 2008, con excepción de la cobertura de seguridad social en salud para los contratados, la misma que entró en vigencia el primero de enero del año en curso.

Los citados dispositivos legales establecen diversas disposiciones que deben seguir las entidades de la Administración Pública para la contratación de servicios que deban prestarse con carácter “no autónomo”.

A continuación, se desarrolla el ámbito de aplicación de las normas y sus implicancias a partir de un análisis exegético de las mismas.

III. DEL OBJETO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1057 Y DEL DECRETO SUPREMO N° 075-2008-PCM

De acuerdo con el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1057, en lo sucesivo “La Ley”, éste regula “(...) el régimen especial de contratación administrativa de servicios, y tiene por objeto garantizar los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública”. (El subrayado es nuestro)

Una de las formas de lograr los objetivos mencionados, es la regulación de los mecanismos de ingreso a la administración pública o los mecanismos de selección de personal o prestadores de servicios. En este contexto, el Decreto Legislativo N° 1057 ha optado por regular las estipulaciones contractuales y requisitos de celebración de los “contratos administrativos de servicios, así como un procedimiento de contratación, según lo establecido por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

A través de ello, se definen una serie de derechos a favor de aquellas personas que ingresen a desempeñar labores para la Administración Pública con carácter “no autónomo”, lo que constituye un incentivo para el ingreso al servicio del Estado de aquellas personas que cuenten con la calificación requerida para el desempeño del puesto.

IV. DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1057 Y DEL DECRETO SUPREMO N° 075-2008-PCM

El ámbito de aplicación del régimen de contratación administrativa de servicios se encuentra establecido en el artículo 2° de la Ley, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 2°.- Ámbito de aplicación

El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Adminis-

trativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado.”

Tal como se puede apreciar, la norma es de aplicación a un conjunto de entidades en las que existe en forma previa, un régimen laboral o estatutario asignado a los trabajadores, con el objeto que éste sirva de reflejo o espejo a las personas que a la fecha de entrada en vigencia del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, se encontraban sometidos al régimen de contratos de servicios no personales.¹

Para una adecuada comprensión del Decreto Legislativo N° 1057, es necesario evaluar los alcances del propio Decreto Legislativo N° 276, que constituye uno de los antecedentes para entender el régimen de los contratos de servicios no autónomos.

El artículo 1° del Decreto Legislativo N° 276, establece que la “(...) Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública.” [El resaltado es nuestro].

Una primera aproximación al tema, nos indica que a toda entidad de la Administración Pública que cuente con personal “estable” y que preste servicios con “carácter permanente”, le resulta de aplicación la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y, por ende, el Decreto Legislativo N° 1057.

Por otra parte, y dentro del análisis del ámbito objetivo de aplicación del Decreto Legislativo N° 276, es necesario evaluar los alcances del Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

El artículo 2° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, establece lo siguiente:

“Artículo 2°.- La Carrera Administrativa comprende a los servidores públicos que con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública; con excepción de los trabajadores de las Empresas del Estado cualquiera sea su forma jurídica, así como de los miembros

«La fórmula prevista en el Decreto Legislativo N° 1057 y sus normas reglamentarias y complementarias, no hace más, que revelar un dato de la realidad: la necesidad de ofrecer una fórmula alternativa y no convencional al régimen de los servicios no personales»

de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, a quienes en ningún caso les será de aplicación las normas del Decreto Legislativo N° 276 y su reglamentación.” [El resaltado es nuestro].

Se encuentran excluidas de la aplicación del Decreto Legislativo N° 276, todas las Empresas del Estado, independientemente de su forma jurídica² y las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Ello implica también que se encuentren excluidas del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057, las Fuerzas Armadas y Policiales, así como las Empresas del Estado.

El Decreto Legislativo N° 1057 es de aplicación a las Entidades de la Administración Pública sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado. En dicho caso, tendrá que atenderse a la norma constitutiva de la entidad o aquella que establezca el régimen laboral al que ésta se encuentra sujeta. La evaluación, deberá realizarse caso por caso, de acuerdo con la entidad en función de la cual se realice el análisis.

Lo propio debe hacerse con las Entidades de la Administración Pública que se encuentren sujetas a regímenes laborales de carácter especial, o lo que es lo mismo, que cuenten con trabajadores sujetos a carreras especiales.

Importa, además, citar lo estipulado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (en adelante el Reglamento), con respecto al ámbito de aplicación del

1 Un caso especial es el de PROINVERSIÓN, en el cual se viene asumiendo en forma progresiva el régimen de contratación administrativa como una vía transitoria al régimen laboral de la actividad privada, dispuesto desde la creación de la Comisión de Promoción de la Inversión Privada (COPRI) en aplicación del Decreto Legislativo N° 674 del año 1991.

2 La referencia a “Empresas del Estado” debe ser entendida de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, en particular sus artículos 41° y 42°, así como lo establecido en la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado, en tanto se configure la aplicación del Decreto Legislativo N° 1031.

régimen especial de contratación administrativa de servicios:

“Artículo 2º.- Ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057

2. 1. El ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057 y de este reglamento comprende a todas las entidades de la administración pública, entendiendo por ellas al Poder Ejecutivo, incluyendo los ministerios y organismos públicos, de acuerdo a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; al Congreso de la República; al Poder Judicial; a los organismos constitucionalmente autónomos, a los gobiernos regionales y locales y las universidades públicas; y a las demás entidades públicas cuyas actividades se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público. Las empresas del Estado no se encuentran bajo el ámbito de aplicación del presente reglamento.

2.2. No se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057 y del presente reglamento los contratos financiados directamente por alguna entidad de cooperación internacional con cargo a sus propios recursos; los contratos que se realizan a través de organismos internacionales que, mediante convenio, administran recursos del Estado Peruano para fines de contratación de personal altamente calificado, así como tampoco a los contratos del Fondo de Apoyo Gerencial; aquellos que corresponden a modalidades formativas laborales; ni los de prestación o locación de servicios, consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad contractual de prestación de servicios autónomos que se realizan fuera del local de la entidad contratante.

2.3. El procedimiento regulado en el inciso 3.1 del artículo 3º del presente reglamento no se aplica a los procesos de contratación regulados por convenios y contratos internacionales, quedando a salvo los procedimientos especiales que éstos regulen.”

A partir de lo expuesto, se debe concluir que, la Ley y Reglamento se aplican a todas las Entidades de la Administración Pública, debiendo entenderse como tales a las siguientes:

Las entidades que forman parte del Poder Ejecutivo, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo;

- a) El Poder Legislativo;
- b) El Poder Judicial;

- c) Los Gobiernos Regionales y Locales;
- d) Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía, entre ellos, la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones, el Banco Central de Reserva, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo;
- f) Las entidades públicas de tratamiento empresarial.
- g) Las demás entidades públicas - proyectos, programas, fondos, comisiones, entre otros - del Estado, cuyas actividades se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público.

Además, tomando en cuenta las excepciones mencionadas, el presente régimen no será aplicable para:

- a) Los contratos financiados directamente por alguna entidad internacional.
- b) Los contratos que se realizan a través de organismos internacionales, así como contratos del Fondo de Apoyo Gerencial.
- c) Las modalidades formativas laborales.
- d) Los contratos de prestación o locación de servicios.
- e) Los contratos de consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad de prestación de servicios de manera autónoma fuera del local la entidad.

V. DE LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

La definición del contrato administrativo de servicios se encuentra consagrada en el artículo 3º de la Ley y en el artículo 1º de las Disposiciones Generales del Reglamento.

El artículo 3º del Decreto Legislativo N° 1057, establece lo siguiente:

“Artículo 3º.- Definición del contrato administrativo de servicios

El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por la presente norma, 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.

La presente norma no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad.”

Por su parte el artículo 1° de las Disposiciones Generales del Decreto Supremo N° N° 075-2008-PCM, establece:

“Artículo 1°.- Naturaleza jurídica y definición del contrato administrativo de servicios.

El contrato administrativo de servicios es una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural que presta servicios de manera no autónoma. Se rige por normas de derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo N° 1057 y el presente reglamento. No está sujeto a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público-, ni al régimen laboral de la actividad privada, ni a ningún otro régimen de carrera especial.”

En función de los artículos citados, podemos afirmar que el contrato administrativo de servicios se constituye en una modalidad especial de contratación.

Asimismo, la propia nomenclatura de las normas nos indica que se trata de un contrato de carácter “administrativo”, es decir, un contrato sujeto a reglas especiales que son propias del derecho público, tal como se indica en la Cláusula Segunda del “Modelo de Contrato Administrativo de Servicios”³ aprobado mediante Resolución Ministerial N° 417-2008-PCM, por lo que se debe entender que posee dos aspectos importantes: un aspecto normativo y un aspecto consensual.

En lo que se refiere al aspecto normativo, el contrato administrativo de servicios debe respetar la normativa legal que regula sus disposiciones y que determinan el régimen legal de este tipo de contratos, considerando, los derechos y obligaciones establecidos en el Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento, sin dejar de tomar en cuenta, lo dispuesto por otras leyes que puedan afectar este tipo de contratación, tales como la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General y la Ley Anual de Presupuesto Público.

Debe entenderse, que existen un conjunto de supuestos que no pueden ser de libre disponibilidad de las partes contratantes y que operan como contenidos mínimos de la relación contractual.

Es importante señalar, que el Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento, están incorporados en todo Contrato Administrativo de Servicios que se celebre, tal como se desprende de la Cláusula Vigésimo Segunda del Modelo de Contrato⁴ antes mencionado.

En lo que se refiere al carácter consensual o de acuerdo de voluntades, que es propio de todo tipo de relación contractual, es importante precisar que al celebrar contratos de servicios no autónomos, las partes deben restringir su voluntad a lo dispuesto por las normas que regulan el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, pudiendo pactar sólo aquello que no se encuentre expresamente establecido por esta normativa y sin excederse de lo permitido por la misma.

En el contexto descrito, y dado el carácter reglado de la actividad administrativa, se advierte que el marco normativo de este tipo de contratación, ha dejado poco o nada a la libre voluntad de las partes al momento de contratar, porque ha sido claro en describir cuáles son los derechos y obligaciones principales que corresponden a cada una de las partes.

El contenido así como los requisitos de contratación, restricciones a su celebración y demás aspectos, se encuentran regulados en la Ley, Reglamento y otros dispositivos.

El carácter administrativo del contrato en mención, implica también que el sujeto con el cual la entidad de la administración pública contrate, sea elegido previa realización de un proceso de selección, acorde a lo dispuesto por el artículo 3° de las Disposiciones Generales del Reglamento según se desarrollará más adelante, en el que se garanticen los principios de mérito, capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo, los que, a mayor abundamiento, se constituyen en parte de la finalidad del Régimen de Contratación Administrativa de Derechos.

Cabe resaltar que se trata, entonces, de un contrato típico, nominado y de contenido reglado.

Los contratos típicos y nominados son aquellos que se encuentran expresamente regulados en la ley y poseen una nomenclatura especial (verbigracia. Compra-venta, locación de servicios, arrendamiento, etc.). Los contratos atípicos e innominados, por su parte, no se encuentran expresamente recogidos

3 Con fecha 30 de diciembre de 2008, mediante Resolución Ministerial N° 417-2008-PCM, se publicó la aprobación del Modelo de Contrato Administrativo de Servicios, para el caso de nuevos contratos y para el caso de contratos por sustitución de contratos de locación de servicios, el cual recoge las disposiciones en cuanto al Régimen de Contratación Administrativa de Servicios del Decreto Legislativo N° 1057 y del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

4 Cláusula Vigésimo Segunda: Régimen Legal Aplicable. Las obligaciones y derechos de EL CONTRATADO y LA ENTIDAD, aplicable al presente Contrato, se originan por lo establecido en éste y en el Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. Toda modificación normativa es de aplicación inmediata al contrato.

en la ley, carecen de un nombre específico (reconocido legalmente) y de una estructura y regulación legal especial y privativa.

Se trata de un contrato típico y nominado al encontrarse recogido legalmente (en el Decreto Legislativo N° 1057, el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM y la Resolución Ministerial N° 417-2008-PCM), poseer una nomenclatura especial (Contrato Administrativo de Servicios) y tener una configuración interna específica o contenido reglado.

De acuerdo a su naturaleza jurídica, no es de aplicación la normativa que, de manera general, regula la contratación administrativa, por lo menos, en aquello que contravenga el Decreto Legislativo N° 1057 y el Reglamento.

El propio artículo 3° de la Ley, establece que al contrato administrativo de servicios no le es de aplicación ni la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público ni, tampoco, otras normas que regulen carreras administrativas especiales.

En resumen, podemos definir al Contrato Administrativo de Servicios como un contrato de carácter "administrativo", típico, nominado y de contenido reglado, que constituye una modalidad especial de contratación.

VI. DE LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS NO AUTÓNOMOS

El Decreto Legislativo N° 1057 ha determinado que las entidades de la administración pública sujetas a su ámbito de aplicación, se encuentran prohibidas de contratar servicios no autónomos fuera del marco que dicha norma establece, vale decir, a través de mecanismos distintos al contrato administrativo de servicios.

El citado Decreto Legislativo, es bastante preciso en afirmar que su ejecución debe darse en las instalaciones propias de la Entidad Pública contratante y que no resulta de aplicación a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre y cuando éstos se desarrollen de forma autónoma.

Se puede afirmar que le asiste al contrato administrativo de servicios las características de "no autonomía" y de prestación en los locales de la entidad contratante.

La falta de autonomía en la prestación del servicio debe entenderse como la existencia de una relación de dependencia o subordinación del prestador del servicio a la Entidad Pública contratante.

En función de lo expuesto, se ha establecido que "los funcionarios o servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, de contratación administrativa de servicios, incurren en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que le originen al Estado".

El artículo 4° del citado Decreto Legislativo, establece como requisitos mínimos para la celebración de contratos administrativos de servicios los siguientes:

- a) Requerimiento⁵ realizado por la dependencia usuaria.
- b) Existencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces.

Si bien el Decreto Legislativo N° 1057 no lo señala de manera expresa, el requerimiento debe incluir, entre otros, los siguientes puntos:

- i. El detalle de las labores que serán desempeñadas por la persona a contratarse.
- ii. El perfil del puesto, con la mención de los requisitos que debe reunir el futuro contratado.
- iii. La descripción de las etapas que seguirá el proceso de contratación.
- iv. La justificación de la necesidad de la contratación.
- v. El documento que acredite la existencia de disponibilidad presupuestaria, emitido por el órgano competente de la entidad.

Es importante agregar, que en el marco del Decreto Legislativo N° 1057, sólo se exigía dos (2) requisitos para la contratación administrativa de servicios, a saber:

- (i) El requerimiento del área usuaria del servicio; y
- (ii) El presupuesto aprobado o también conocido en el lenguaje de la administración pública como la "disponibilidad presupuestal".

El Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, amplía los requisitos, estableciendo para ello, un procedimiento de selección, en el cual se puede distinguir con certeza la existencia de etapas y el período de evaluación.

5 Debe precisarse que el requerimiento de la dependencia usuaria, no requiere de una plaza en el Cuadro de Asignación de Personal ni en el Presupuesto Analítico de Personal.

6.1. Procedimiento de contratación antes de la publicación del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM

Para los aspectos no regulados expresamente por el Decreto Legislativo N° 1057, se ha establecido que toda la regulación aplicable al contrato de servicios no personales (mejor conocido como SNP), es de aplicación, en todo lo que no se le oponga, a la celebración de contratos administrativos de servicios y a toda contratación de servicios no autónomos bajo dicho mecanismo.

La Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo antes mencionado, señala lo siguiente:

“PRIMERA.- Las referencias normativas a la contratación de servicios no personales se entienden realizadas a la contratación administrativa de servicios”

Antes que se proceda a la publicación del Reglamento, la contratación de servicios no autónomos por las entidades carecía de un procedimiento establecido. En tal sentido, se puede afirmar que, salvo los elementos que configuran el contrato administrativo de servicios, que los distinguen claramente de la configuración interna del contrato por servicios no personales, el procedimiento de contratación anterior al Decreto Legislativo N° 1057 se mantenía.

Si bien con anterioridad a la Ley, la contratación de personal vía servicios no personales, se llevaba a cabo de conformidad con el procedimiento establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, era factible seguir el mismo procedimiento, en tanto no entraran en vigencia otra clase de formalidades aplicables a este tipo de contratación.

Es importante agregar, que el contrato que se celebraba con la persona seleccionada luego del procedimiento llevado a cabo a dichos efectos, debía ajustarse a la configuración del contrato administrativo de servicios, establecida en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1057.⁶

«El Poder Ejecutivo expidió el Decreto Legislativo N° 1057, como una alternativa realista frente a aquellas propuestas, que en forma irresponsable, pretendían generar una incorporación en las planillas del Estado sin ninguna consideración previa de la legalidad de su acceso, al personal sujeto a servicios no personales»

En ese sentido, correspondía a las entidades de la Administración Pública efectuar la contratación de servicios no autónomos a través de la figura del contrato administrativo de servicios, siguiendo el procedimiento que se venía llevando a cabo para la contratación de servicios no personales hasta antes de la publicación del reglamento, 25 de noviembre de 2008, y que se encontraba consagrado en el TUO de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, cuyas disposiciones rigieron, hasta el primero de febrero de 2009, fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Nueva Ley de Contrataciones del Estado.

Dentro de dicho marco, existen una serie de requisitos mínimos comunes a todo proceso de contratación de personal en el marco de la Administración Pública, cuyo cumplimiento debía garantizarse también en la contratación administrativa de servicios.

Entre ellos, se debe mencionar los siguientes:

- a) La convocatoria al proceso de selección debía ser adecuadamente difundida a través de los medios y recursos con que contaba la entidad pública.

6 “Artículo 6°.- Contenido

El contrato administrativo de servicios comprende únicamente lo siguiente:

Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.

Descanso de veinticuatro (24) horas continuas por semana.

Descanso de quince (15) días calendario continuos por año cumplido.

Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD. A estos efectos, la contribución tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.

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. A estos efectos, la persona debe elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.”

Así por ejemplo, ésta debía ser publicada en la página web de la entidad y en un lugar visible en sus locales institucionales, pudiendo adoptarse mecanismos adicionales de difusión.

- b) La evaluación se sustentaba en criterios objetivos, los cuales debían vincularse con las necesidades que pretendía cubrir la contratación.

No existía restricción respecto de los mecanismos de evaluación que podían ser utilizados por la entidad, pudiendo llevarse a cabo una evaluación curricular y/o escrita, una entrevista, entre otros aspectos.

- c) Una vez culminado el proceso de selección, los resultados debían ser publicados bajo los mismos mecanismos a través de los cuales se difundía la realización de aquel o a través de aquellos que, por lo menos, aseguraban su adecuado conocimiento por parte de los participantes.

- d) La relación de servicio se iniciaba con la suscripción del respectivo contrato administrativo de servicios. Por tanto, a partir de ello, la entidad pública debía incluir al contratado entre su personal, incluyéndolo en los registros correspondientes, tales como su registro de personal y el registro nacional de personal.

Ahora bien, tomando en cuenta la regulación vigente al periodo de tiempo en el cual nos hemos situado, sobre la contratación de servicios no personales, cuya referencia debe entenderse realizada a la contratación administrativa de servicios, y sin perjuicio de desarrollarlo también más adelante en el presente artículo, cabe precisar lo siguiente:

- Si en virtud de un convenio o contrato internacional se establecía de manera específica un procedimiento especial de contratación de servicios que se encontraban dentro de la categoría de servicios que corresponde contratar vía un contrato administrativo de servicios, debía aplicarse dicho procedimiento especial.
- Los procesos de contratación de servicios no autónomos iniciados por las entidades de la administración pública sujetas al Decreto Legislativo N° 1057, podían continuar su trámite, siempre y cuando se asegurara que los contratos a suscribirse como consecuencia de éstos, se ajustaban a lo establecido en la norma bajo comentario, de conformidad con lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1057.⁷

7 "CUARTA.- Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento, por contratos celebrados con arreglo a la presente norma."

En consecuencia, debía otorgarse la buena pro, siempre que se adecuara la misma, al contrato administrativo de servicios.

- En el caso de los procesos de renovación contractual iniciados con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, y que no habían concluido aún en la celebración del contrato de prestación de servicios respectivo, se debía adecuar el proceso a la nueva terminología del Decreto Legislativo N° 1057.

Con respecto a las nuevas contrataciones, debía tomarse en cuenta la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1057, que establece lo siguiente:

"SEGUNDA.- Las prohibiciones de contratación de servicios no personales reguladas en las normas de presupuesto son aplicables a la contratación administrativa de servicios a que se refiere la presente norma".

6.2. Procedimiento establecido por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM

Tal como se ha señalado, el Decreto Legislativo N° 1057 fijó dos requisitos para la contratación de servicios autónomos; (i) El requerimiento realizado por la dependencia usuaria y (ii) La existencia de disponibilidad presupuestaria, determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces. Sin embargo, en los artículos 3° y 4° del reglamento, se establece el procedimiento de selección que deben seguir las entidades para las mencionadas contrataciones.

En tal sentido, las etapas para la suscripción de un contrato administrativo de servicios son:

1. Preparatoria.- Comprende el requerimiento de la unidad orgánica usuaria e incluye:
 - Descripción del servicio a contratar.
 - Descripción de los requisitos mínimos y las competencias que debe reunir el postulante.
 - Descripción de las etapas del procedimiento de contratación.
 - Justificación de la necesidad de contratación.
 - Disponibilidad presupuestaria determinada por la oficina de presupuesto o la que haga sus veces de la entidad.
2. Convocatoria.- Comprende la publicación de la convocatoria en:
 - El portal institucional en Internet.
 - En un lugar visible de acceso público del local o de la sede central de la entidad convocante.

La publicación de la convocatoria debe hacerse y mantenerse publicada desde, cuando menos, cinco (5) días hábiles previos al inicio de la etapa de selección.

3. Selección.- Comprende la evaluación objetiva del postulante e incluye necesariamente:
- La evaluación curricular.
 - A criterio de la entidad convocante, puede incluir una evaluación escrita e incluir una entrevista.
 - Otras pruebas de selección que se estimen necesarias según las características del servicio materia de la convocatoria.

El resultado de la evaluación se publica a través de los mismos medios utilizados para publicar la convocatoria, en forma de lista por orden de mérito, señalando los nombres de los postulantes y sus puntajes obtenidos.

4. Suscripción y registro del contrato: Comprende la suscripción del contrato dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de los resultados. De no suscribirse el contrato por causas objetivas imputables a él, la entidad convocante puede declarar seleccionada a la persona que ocupa el orden de mérito inmediatamente siguiente o declarar desierto el proceso.

Una vez suscrito el contrato, la entidad debe ingresarlo dentro de un plazo de cinco días hábiles al registro de contratos administrativos de servicios de cada entidad y a la planilla electrónica regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR.

6.3. Impedimentos para contratar y prohibición de doble percepción

Según lo dispone el artículo 4° del Reglamento, se encuentran impedidos de contratar bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, las siguientes personas:

Las personas con inhabilitación administrativa o judicial para contratar con el Estado.

- Las personas que tienen impedimento para ser postores o contratistas, expresamente previsto por las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, para lo cual se debe tomar en cuenta lo dispuesto por la Nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobados por el Decreto Legislativo N° 1017 y el Decreto Supremo N° 2008-EF, respectivamente.
- Las personas que perciben otros ingresos del Estado, salvo que dejen de percibir esos ingresos durante el período de contratación administrativa de servicios. La prohibición no se extiende a contraprestaciones percibidas de la actividad

docente o por ser miembros únicamente de un órgano colegiado.

Es importante agregar, que de acuerdo a las nuevas disposiciones aplicables al personal sujeto a este tipo de contratos administrativos (artículo 4° del Reglamento) se ha extendido en vía reglamentaria las restricciones existentes en materia general, respecto a la percepción de ingresos por parte del personal sujeto al contrato administrativo de servicios, salvo que:

- (i) Se deje de percibir el segundo ingreso durante el período de duración del contrato administrativo de servicios; y
- (ii) Se trate del ejercicio de la actividad docente, o por ser miembro únicamente de un órgano colegiado.

VII. DURACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

El Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento, ambos en su artículo 5°, disponen cuales son las características de este tipo de contrato en cuanto a su duración, lo cual ha sido recogido también en el Modelo de Contrato Administrativo de Servicios en adelante "el Modelo".

En ese sentido, la "Cláusula Cuarta: Plazo del Contrato" del Modelo, precisa que el contrato no puede exceder del año fiscal dentro del cual se efectúa la contratación. Sin embargo, dicho contrato puede ser renovado cuantas veces lo considere necesario la entidad contratante, en función de sus necesidades, para lo cual será suficiente la suscripción de la respectiva Addenda, todo ello conforme a lo dispuesto por los artículos 5° de la Ley y del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

"Decreto Legislativo N° 1057

Artículo 5.- Duración

El contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable."

"Decreto Supremo N° 075-2008-PCM

Artículo 5.- Duración del Contrato Administrativo de Servicios

El Contrato Administrativo de Servicios es de plazo determinado. La duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación; sin embargo, el contrato puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades. Cada prórroga o renovación no puede exceder del año fiscal".

Se aprecia que la contratación de una persona natural, por ejemplo en el año 2009, mediante

un contrato administrativo de servicios, no podría tener una vigencia mayor a la del mismo, pero que sí podría renovarse o prorrogarse si la entidad requiere el servicio.

En este sentido, debe precisarse que para las contrataciones dentro del régimen analizado, debe considerarse la disponibilidad presupuestaria de la entidad del año mencionado y las restricciones normativas al respecto, y si llegado el momento, la entidad requiere renovar o prorrogar un Contrato Administrativo de Servicios para el 2010, deberá observar también la Ley de Presupuesto del Sector Público para dicho año fiscal.

Es evidente, que el plazo máximo de duración de este tipo de contratos, constituye una regla específica y es compatible con la naturaleza de este tipo de contratos en los que se requiere el pedido del área usuaria, la disponibilidad presupuestal y el propio procedimiento de selección incorporado por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. En tal sentido, nos encontramos ante una modalidad contractual sujeta al plazo máximo de 01 año, a diferencia de los supuestos previstos en las normas generales de contrataciones y adquisiciones del Estado., sin perjuicio de las prórrogas o renovaciones contractuales.

VIII. DERECHOS Y OBLIGACIONES DERIVADAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Si bien a partir del análisis de las disposiciones del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1057, que describe el contenido mínimo del contrato administrativo de servicios y del Capítulo III del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, se desprende cuáles son las obligaciones y derechos del contratado, es en las cláusulas sexta y séptima del "Modelo de contrato administrativo de servicios", donde se señala expresamente cuáles son las obligaciones generales y los beneficios del contratado, respectivamente.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que las obligaciones generales del contratado son:

- a) Cumplir con las obligaciones a su cargo derivadas del Contrato Administrativo de Servicios, así como las normas y directivas internas vigentes de LA ENTIDAD que resultasen aplicables a esta modalidad contractual.
- b) Cumplir con la prestación de servicios pactados, según el horario que oportunamente le comunique LA ENTIDAD.
- c) Permitir a LA ENTIDAD la supervisión de la ejecución del servicio, sin necesidad de autorización previa, cuando así lo considere conveniente.

d) No revelar, entregar o poner a disposición de terceros, salvo autorización expresa de LA ENTIDAD, la información proporcionada por ésta para la prestación del servicio y, en general, toda información a la que tenga acceso o la que pudiera producir con ocasión del servicio que presta. Asimismo, se abstendrá de realizar acciones u omisiones que pudieran perjudicar o atentar contra la imagen institucional de LA ENTIDAD, guardando absoluta confidencialidad.

e) Adoptar las medidas de seguridad que garanticen la integridad de la documentación que se proporciona, la misma que será devuelta al término de la prestación del servicio o cuando corresponda.

f) No delegar ni subcontratar total ni parcialmente la realización del servicio contratado, teniendo responsabilidad por su ejecución y cumplimiento."⁸

Asimismo, los beneficios o derechos del contratado son:

"a) Percibir la contraprestación mensual acordada.

b) Gozar de (24) horas continuas mínimas de descanso semanales. Dicho descanso se tomará todos los domingos de cada semana, salvo pacto en contrario.

c) Descansar (15) días calendarios continuos por año cumplido. Para el ejercicio de este descanso; a falta de acuerdo, decidirá LA ENTIDAD.

d) Para el caso de nuevos contratos: Gozar efectivamente de las prestaciones de salud de ESSALUD. En estos casos para el goce de las prestaciones de ESSALUD, los beneficiarios deberán cumplir con el periodo de carencia.

Para el caso de contratos por sustitución: Gozar efectivamente de las prestaciones de salud de ESSALUD. En estos casos para el goce de las prestaciones de ESSALUD, los beneficiarios no deben cumplir con el periodo de carencia.

e) Para el caso de nuevos contratos: Afiliación a un régimen de pensiones.

El contratado deberá presentar la Declaración Jurada especificando el régimen de pensiones al que desea estar adscrito o al que ya se encuentra adscrito.

Para el caso contratos por sustitución: Afiliación a un régimen de pensiones. Si decide optar por afiliarse

8 Cfr. Cláusula Sexta del Modelo de Contrato Administrativo de Servicios. Aprobado por Resolución Ministerial N° 417-2008-PCM.

entonces, el contratado presentará la Declaración Jurada especificando el régimen de pensiones al que desea estar adscrito o al que ya se encuentra adscrito. Si decide optar por no afiliarse, no tendrá que presentar dicha Declaración Jurada.⁹

Por otro lado, las obligaciones de la entidad contratante pueden resumirse en:

1. Garantizar al contratado los derechos establecidos expresamente en el contrato y que forman parte de su contenido mínimo establecido en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1057.
2. Brindar al contratado los medios y mecanismos necesarios para la prestación efectiva del servicio, garantizando la disponibilidad de los mismos.
3. Evaluar el desempeño del contratado, de conformidad con lo establecido en la Quinta Disposición Complementaria Final¹⁰ del Decreto Legislativo N° 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, entidad rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, y el artículo 18° 11 del Decreto Legislativo N° 1025, que aprueba las Normas de Capacitación y Rendimiento para el Sector Público.
4. Supervisar, a través de las Oficinas de Control Institucional (OCI) el cumplimiento de las obligaciones del contratado así como las que le corresponden a la entidad para con aquel.

Finalmente, las facultades de las entidades¹² pueden clasificarse en dos principales:

- a) Facultad de fijar horarios y jornadas de trabajo, lo cual incluye la facultad de establecer un registro de control de asistencia, efectuar descuentos

«Podemos definir al Contrato Administrativo de Servicios como un contrato de carácter “administrativo”, típico, nominado y de contenido reglado, que constituye una modalidad especial de contratación»

por tardanzas en el horario de trabajo y compensar horas trabajadas en exceso del mismo.

- b) Modificación unilateral de las condiciones de trabajo, que es la facultad que tiene la entidad de variar el lugar, tiempo y modo de la prestación de los servicios, sin que ello implique la celebración de un nuevo Contrato Administrativo de Servicios, siempre que existan razones objetivas debidamente justificadas.

IX. Celebración, Sustitución y Modificación del Contrato Administrativo de Servicios

La garantía de continuidad de los servicios de las personas naturales que contratan con el Estado en situaciones de excepción, como ha sido el caso de los Servicios No Personales (hoy Contrato Administrativo de Servicios), implica delimitar un conjunto de supuestos para la celebración, sustitución y modificación de este tipo de relación contractual.

En tal sentido, conviene referirnos a cada uno de dichos supuestos, siguiendo el orden antes mencionado:

9 Cfr. Cláusula Séptima del Modelo de Contrato Administrativo de Servicios. Aprobado por Resolución Ministerial N° 417-2008-PCM

10 “QUINTA.- Proceso de Evaluación del Desempeño

La evaluación del desempeño es el proceso obligatorio, integral, sistemático y continuo de apreciación objetiva y demostrable del conjunto de actividades, aptitudes y rendimiento del personal al servicio del Estado en cumplimiento de sus metas, que llevan a cabo obligatoriamente las entidades, en la forma y condiciones que se señalan en la normatividad.

Todo proceso de evaluación se sujeta a las siguientes reglas mínimas:

Debe ser aplicado en función de factores mensurables, cuantificables y verificables.

Abarca a todo el personal de una entidad.

Sus resultados son públicos.

Las Oficinas de Recursos Humanos deberán implementar mecanismos para recoger opiniones de los ciudadanos respecto del personal y la calidad de los servicios.

El nivel nacional de gobierno promoverá el desarrollo de sistemas de gestión que permitan determinar indicadores objetivos para la evaluación del desempeño.”

11 El tenor del artículo 18° indicado es esencialmente el mismo al de la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1023, con algunos adicionales tales como la periodicidad de la evaluación (no mayor de dos años), la obligación de notificar los resultados al personal evaluado y la posibilidad de solicitar se confirme la calificación obtenida o de su cuestionamiento en vía de apelación ante el Tribunal del Servicio Civil, en caso el evaluado haya sido calificado como “personal de rendimiento sujeto a evaluación”.

12 ACEVEDO, Jorge. “Comentarios al Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios”, En: Soluciones Laborales, Año 1, No. 12, 2008, p. 74-75.

9.1. Supuestos aplicables para la Celebración de un Nuevo Contrato Administrativo de Servicios

La celebración de un nuevo Contrato Administrativo de Servicios, debe entenderse en aquellos supuestos en los que una entidad requiere de los servicios no autónomos de una persona natural, con la cual no mantiene ninguna relación laboral o de locación de servicios.

Al respecto, según se señaló en el numeral 5.1 del presente documento, a partir de la fecha de entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057 (veintinueve de junio de 2008), y hasta antes de la fecha de entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (veintiséis de noviembre de 2008), el procedimiento para la contratación de servicios no autónomos era el previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 1) de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, la misma que establecía lo siguiente:

“Primera Disposición Complementaria Transitoria: Reglas de aplicación temporal

Los procedimientos para cubrir servicios no personales o de cualquier otra modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos que se iniciaron antes o después de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1057 y antes de la entrada en vigencia del presente reglamento bajo las regulaciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado u otro procedimiento de contratación, continúan rigiéndose por las mismas reglas hasta la etapa de otorgamiento de la buena pro.

Las personas seleccionadas deben suscribir el Contrato Administrativo de Servicios regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y el presente reglamento.(...)”

En tal sentido, los Contratos Administrativos de Servicios, derivados del procedimiento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, deben ser considerados nuevos contratos.

A partir de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM (26 de noviembre de 2008), se establece un procedimiento específico para la Contratación Administrativa de Servicios. Dicho procedimiento es de carácter obligatorio¹³, por lo que si las entidades públicas desean suscribir un Contrato Administrativo de Servicios con una persona natural con la que no mantengan en forma previa una relación laboral o de locación de ser-

vicios, sólo podrá hacerlo, luego de que se realice el procedimiento de contratación establecido por el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios, el mismo que se describió anteriormente.

Tal como se ha indicado, el procedimiento descrito es de carácter obligatorio desde la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. En consecuencia, cuando una entidad de la administración, requiera contratar los servicios de una persona con la que no mantiene ninguna relación laboral o de locación de servicios, esta será la característica diferencial, respecto a los supuestos de sustitución y modificación contractual.

En rigor, nos encontramos ante un nuevo Contrato Administrativo de Servicios, cuando la celebración del mismo, ha sido producto del procedimiento dispuesto por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado o del procedimiento de contratación descrito en el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM.

9.2. Supuestos aplicables para la sustitución de un Contrato de Servicios No Personales por un Contrato Administrativo de Servicios

Para referirnos a este supuesto, cabe señalar lo dispuesto por el numeral 2. De la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM:

“Primera Disposición Complementaria Transitoria: Reglas de aplicación temporal (...)

2. Los contratos por servicios no personales vigentes al 29 de junio de 2008, continúan su ejecución hasta su vencimiento. Las partes están facultadas para sustituirlos, por mutuo acuerdo, antes de su vencimiento. En caso de renovación o prórroga, se sustituyen por un Contrato Administrativo de Servicios, exceptuándose del procedimiento regulado en el artículo 3° del presente reglamento.”

Según se desprende de la norma, la sustitución de un contrato puede operar en tres (3) supuestos:

- (i) Sustitución de un Contrato de Locación de Servicios vigente, cuya vigencia no se va a modificar: La norma describe que las partes que celebran el Contrato de Locación de Servicios, están facultadas para sustituir dicho contrato por un Contrato Administrativo de Servicios, manteniendo la misma vigencia que el contrato sustituido. Debe precisarse que esta clase de

¹³ Tiene carácter obligatorio, pues se trata de un contrato administrativo, donde la voluntad de las partes se restringe a lo dispuesto por la normativa correspondiente a este régimen.

sustitución es facultativa de las partes, por lo que nada obsta a que el Contrato de Locación de Servicios siga su normal ejecución hasta la finalización del mismo.

(ii) Sustitución de un Contrato de Locación de Servicios vigente, cuya **vigencia se** quiere prorrogar: La norma dispone que cuando se quiera prorrogar la vigencia de un Contrato de Locación de Servicios bajo las mismas condiciones pre-existentes, antes de que el mismo concluya, se debe suscribir un Contrato Administrativo de Servicios, según el Modelo de Contrato Administrativo de Servicios.

(iii) Sustitución de un Contrato de Locación de Servicios cuya vigencia concluye, pero que la entidad quiere renovar: Este supuesto se refiere a los casos en los que se ha de producir la conclusión del Contrato de Locación de Servicios y la entidad quiere renovarlo bajo las mismas condiciones, supuesto en el cual al igual que en los casos anteriores, se debe suscribir un Contrato Administrativo de Servicios.

Finalmente, es necesario aclarar que en los tres (3) supuestos de sustitución contractual antes señalados, no es necesario un procedimiento previo como el que se realiza para la suscripción de un nuevo Contrato Administrativo de Servicios, dado que para la celebración del Contrato de Locación de Servicios sustituido, se realizó previamente el proceso de contratación que estipula el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

9.3. Modificaciones al Contrato Administrativo de Servicios

Dentro de las facultades de las entidades, se ha indicado que estas, tienen la capacidad por razones objetivas y debidamente justificadas, de variar el lugar, tiempo y modo de la prestación de los servicios, sin que ello implique la celebración de un nuevo Contrato Administrativo de Servicios.

Tal facultad ha sido expresamente señalada en la Cláusula Décimo Novena del Modelo de Contrato Administrativo de Servicios, la cual nos indica que:

“Cláusula Décimo Novena: Modificaciones Contractuales.

Ambas partes acuerdan que el lugar, tiempo, y modo de la prestación de servicios podrán ser modificados por LA ENTIDAD, cuando existan razones objetivas debidamente justificadas, sin que ello suponga la suscripción de un nuevo contrato.”

La Cláusula en mención, recoge lo dispuesto por el Artículo 7° del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. :

“Artículo 7.- Modificación contractual

Las entidades, por razones objetivas debidamente justificadas, pueden modificar el lugar, tiempo y modo de la prestación de servicios, sin que ello suponga la celebración de un nuevo contrato.” (El subrayado es nuestro).

Una lectura atenta de las normas que regulan este régimen, nos indica, que para la Contratación Administrativa de Servicios, el lugar, el tiempo y el modo de ejecución de la prestación, son elementos secundarios del contrato, por cuanto son componentes del contrato, que en circunstancias determinadas pueden ser modificados, sin desnaturalizar con ello el tipo contractual. La norma reglamentaria y el modelo, exigen que dichas modificaciones sean objetivas.

En cuanto, al tiempo, ello nos permitirá que se evalúe la vigencia del periodo o plazo de vigencia del contrato, incluyendo la reducción del período de contratación, así como el tipo de actividad que pudiera cumplir el contratado.

Por ejemplo y previa acreditación del contenido mínimo de la jornada semanal o su equivalente previsto para el Contrato Administrativo de Servicios, ello podría permitir una entidad pública la celebración de contratos a tiempo parcial (*Part Time*), siempre que se garantice el contenido mínimo de los derechos y obligaciones establecidos para la celebración del Contrato Administrativo de Servicios.

En cuanto al contenido de las actividades o funciones del personal, no existe impedimento para que se establezca en cada caso concreto, el tipo de actividades que son propias del personal contratado. De acuerdo a ello, se pueden establecer en vía de anexos o en el propio contenido del contrato, un conjunto de términos de referencia que justifiquen acorde con las reglas establecidas para el Contrato Administrativo de Servicios, as actividades que le corresponden a cada persona contratada.

En ningún caso, se debe entender este supuesto como una nueva relación contractual, sino como lo indica el propio artículo 7° del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, es una adecuación a la propia normativa aplicable a esta modalidad contractual, dado que se le reconoce como una situación objetiva y adecuadamente motivada de las actividades a cargo del personal contratado.

Por ello, es que el conjunto de normas que regulan el régimen del Contrato Administrativo de Servicios, son enfáticas en señalar, el conjunto de potestades de las entidades públicas en relación al lugar, tiempo y modo de ejecución de la prestación, delimitando dichos supuestos como parte de una modificación contractual y no como parte de los supuestos de celebración de un nuevo contrato.

X. Suplencia, Suspensión y Extinción del Contrato Administrativo de Servicios

El artículo 11^o14 del Reglamento precisa que “las personas contratadas bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, pueden ejercer la suplencia o conformar comisiones temporales por encargo en la entidad contratante. ”

Según esto, las entidades pueden designar personal contratado bajo el régimen de contratación administrativa de servicios para integrar por ejemplo comités especiales para la contratación de servicios o bienes necesarios para la entidad, en el marco de lo dispuesto por la Nueva ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

Asimismo, según lo dispuesto por el mencionado artículo, las entidades pueden también designar al personal bajo el régimen analizado, para el ejercicio de funciones para las cuales no fueron contratados inicialmente, a fin de reemplazar temporalmente en sus funciones a otros miembros del personal de la entidad.

La situación descrita, se verifica por lo dispuesto además en la Cláusula Décimo Séptima del Modelo:

“Cláusula Décimo Séptima: Suplencia y Encargo de Funciones

De considerarlo conveniente y, en la medida que la prestación del servicio asignado lo permita, LA ENTIDAD podrá designar al CONTRATADO como integrante titular o suplente de los Comités Especiales que se conforman, de acuerdo a lo establecido por el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM y sus modificatorias, para llevar a cabo los procesos de selección que requiera LA ENTIDAD.”

Por otro lado, los supuestos de suspensión contractual se configuran ante la existencia de algún hecho que impide, de manera temporal, la continuación

del servicio. En este sentido, el artículo 12° del Reglamento dispone:

“Artículo 12.- Suspensión de las obligaciones del contratado.

Se suspende la obligación de prestación de servicios del contratado en los siguientes casos:

12.1 Suspensión con contraprestación:

a) Los supuestos regulados en el régimen contributivo de ESSALUD y conforme a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

b) Por ejercicio del derecho al descanso pre y post natal de noventa (90) días. Estos casos se regulan de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias de ESSALUD.

c) Por causa fortuita o de fuerza mayor, debidamente comprobada.

12.2 Suspensión sin contraprestación:

Por hacer uso de permisos personales en forma excepcional, por causas debidamente justificadas”.

El mismo artículo es recogido por el Modelo de Contrato Administrativo de Servicios en su Cláusula Vigésima¹⁵.

La temporalidad del supuesto, debe evaluarse en relación al plazo del contrato. De esta manera, podemos encontrar ante algún hecho de naturaleza temporal y que, por exceder el plazo del contrato, hace que la continuación de la relación contractual pierda sentido.

En este caso, nos encontramos ante un hecho que podría determinar la extinción de la relación contractual.

Los supuestos de terminación o extinción contractual son aquellos que impiden el cumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato de manera definitiva o que determinan la necesidad de dar por terminado el vínculo con la entidad pública. Los hechos que pueden constituirse en causales de ter-

14 Artículo 11.- Suplencia y encargo de funciones del personal con contrato administrativo de servicios.

Las personas contratadas bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 pueden ejercer la suplencia o conformar comisiones temporales por encargo en la entidad contratante.

15 CLÁUSULA VIGÉSIMA: SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

Se suspende la obligación de prestación de servicios del contratado en los siguientes casos:

12.1 Suspensión con contraprestación:

a) Los supuestos regulados en el régimen contributivo de ESSALUD y conforme a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes.

b) Por ejercicio del derecho al descanso pre y post natal de noventa (90) días. Estos casos se regulan de acuerdo a las disposiciones legales y reglamentarias de ESSALUD.

c) Por causa fortuita o de fuerza mayor, debidamente comprobada.

12.2 Suspensión sin contraprestación:

Por hacer uso de permisos personales en forma excepcional, por causas debidamente justificada.

minación contractual, se señalan en el artículo 13° del Reglamento y en la Cláusula Vigésimo Primera del modelo de contrato, los mismos que son:

- a) El fallecimiento del contratado.
- b) La invalidez absoluta permanente.
- c) La extinción de la entidad.
- d) La conclusión de la causa u objeto del contrato.
- e) Inhabilitación permanente en el ejercicio del cargo.
- f) La jubilación del contratado.
- g) Voluntad unilateral del contratado. En este caso, debería existir un preaviso a la entidad.
- h) Mutuo acuerdo entre el contratado y la entidad.
- i) Decisión unilateral de la entidad por incumplimiento de obligaciones sustanciales por parte del contratado o por acreditada ineficiencia, de conformidad con los mecanismos de evaluación establecidos en los decretos Legislativos N° 1023 y N° 1025.

XI. RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS, SEGÚN LA LEY N° 29289 - LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO PARA EL AÑO FISCAL 2009

Finalmente, a efectos de orientar a las entidades en la contratación de servicios no autónomos, debe precisarse que la disponibilidad presupuestaria es un elemento esencial para la contratación de bienes y servicios por parte de las entidades del Estado, en la medida en que nos permite conocer la capacidad adquisitiva de las mismas.

Los límites a los gastos para la contratación de bienes y servicios de cada una de las entidades de la administración, se determina en base a lo que dispone la Ley Anual de Presupuesto Público.

En el caso de la Ley N° 29289 - Ley del Presupuesto Anual para el año fiscal 2009, publicada el 11 de diciembre de 2008, se ha regulado los montos que las entidades pueden asignar para la contratación de servicios no autónomos.

En tal sentido, el artículo 9° de la mencionada Ley, establece que:

Artículo 9.- Medidas en materia de bienes y servicio.-

9.1 El gasto total a ejecutarse durante el año 2009, en materia de Contratación Administrativa de Servicios (CAS) regulada por el Decreto Legislativo N° 1057, incluido el gasto de las contribuciones a ESSalud, no podrá ser mayor, en ningún caso, al monto ejecutado durante el año 2008 por concepto de las Específicas de Gasto 27. "Servicios No Personales", 33. "Servicio de Consultoría" y 39. "Otros Servicios de Terceros", en lo que

respecta a la contratación de personas naturales, conforme al Clasificador de Gastos aplicable en el año 2008.

9.2 Establécese como monto máximo por concepto de honorarios mensuales el tope de ingresos señalado en el artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 038-2006 para la contratación por locación de servicios que se celebre con personas naturales, de manera directa o indirecta, y el Contrato Administrativo de Servicios (CAS) regulado por el Decreto Legislativo N° 1057. Dicho monto máximo no es aplicable para la contratación de abogados y peritos independientes para la defensa del Estado en el exterior a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores.

(...)"

Se aprecia del citado artículo que la Ley de Presupuesto ha dispuesto mantener los montos del año 2008 para la contratación de servicios no autónomos, estableciendo que el presupuesto asignado en el mencionado año para la contratación de los servicios no personales, servicio de consultoría y otros servicios de terceros, es el que corresponde durante el año 2009 para la contratación administrativa de servicios.

Asimismo, se ha establecido como monto máximo por concepto de pago de honorarios mensuales de los contratados vía Contrato Administrativo de Servicios, el tope de ingresos señalado en el artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 038-2006; es decir seis (6) Unidades de Ingreso del Sector Público, salvo en los meses en que corresponda las gratificaciones o aguinaldos de julio y diciembre.

En los supuestos en los que una entidad pública opte por celebrar un Contrato Administrativo de Servicios durante el año 2009, cuenta con la misma asignación presupuestal que tenía en el 2008 para la contratación de servicios no autónomos, y no puede pagar montos que excedan de (6) Unidades de Ingreso del Sector Público, salvo en los meses en que corresponda el pago de gratificaciones o aguinaldos de julio y diciembre.

XII. PRECISIONES ADICIONALES

1. La incorporación de nuevas reglas para la contratación administrativa del personal al servicio del Estado, constituye un serio esfuerzo por parte del actual gobierno, sin embargo, nos plantea al mismo tiempo, el reto de convertir una propuesta transitoria en una verdadera estrategia de reforma del empleo público. Sólo el tiempo nos indicará, si efectivamente esta propuesta constituye un esfuerzo aislado o por el contrario, forma parte de una estrategia de reforma integral del servicio civil.

2. Existe la necesidad de profundizar en la reforma del empleo público, bajo la nueva denominación utilizada como "reforma del servicio civil". Ello, implica un esfuerzo a nivel de las entidades públicas, al margen de su nivel de gobierno o su ubicación dentro de la estructura del Estado. Para tal efecto, la nueva Autoridad Nacional del Servicio Civil, debe establecer los lineamientos y pautas aplicables, con el objeto de no desnaturalizar los objetivos transitorios que persigue la legislación emitida para el caso de la contratación administrativa de servicios.
3. Gran parte del éxito de la reforma impulsada a través del régimen del contrato administrativo de servicios, dependerá de la seriedad con la que el Estado asuma el compromiso de convertir una fórmula transitoria de contratación en una verdadera reforma de la contratación del personal al servicio del Estado. Para ello, será muy útil, asumir en forma progresiva e integral, los compromisos presupuestales que se derivan de la implementación de las reformas aplicables al nuevo servicio civil y en concreto, el asumir el costo de la legalidad del personal sometido al régimen del contrato administrativo de servicios.
4. El contrato administrativo de servicios constituye una relación jurídica con restricciones en su contenido, respecto al cual debe precisarse que el personal sujeto a este régimen, tributa como sujeto de cuarta categoría, según lo dispuesto por la Séptima Disposición Complementara Final del Reglamento. No obstante ello, deben establecerse a futuro, reglas específicas que permitan superar la contradicción existente, entre la existencia de un conjunto de derechos mínimos y progresivos en materia laboral aplicables al personal sometido a este régimen, con el régimen tributario aplicable a este tipo de contratación (que resulta lo más cercano a la quinta que a la carta categoría del Impuesto a la Renta).
5. El régimen de ingreso y salida del personal, la existencia de descuentos, descanso físico, afiliación al régimen de ESSALUD y al régimen de pensiones, capacitación, entre otros aspectos, debe contemplarse expresamente en el respectivo contrato administrativo, con el objeto que no queden dudas sobre los derechos y obligaciones del persona contratado.
6. Las entidades públicas que cuentan con personal contratado a través de convenios de administración de recursos, del Fondo de Apoyo Gerencial del Sector Público u otros similares, podrán incorporarlos al régimen de contratación administrativa de servicios, para lo cual, la celebración de contratos administrativos de servicios se realizará sin aplicar el procedimiento regulado en el artículo 3º del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, conforme a lo dispuesto por la Tercera Disposición Transitoria del citado cuerpo normativo.
7. Los cargos cubiertos por personas designadas por resolución no se encuentran sometidos a las reglas de duración del contrato, procedimiento, causales de suspensión o extinción regulados por el Decreto Supremo N° 075-2008-PCM. En tal sentido, son de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la materia, conforme a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Transitoria del citado reglamento.
8. En ningún supuesto, los contratos administrativos de servicios deben establecer como ingreso para el contratado, un monto menor a la remuneración mínima vital, conforme a lo dispuesto por la Primera Disposición Final del Reglamento.
9. El personal contratado por las entidades bajo el régimen de contratación administrativa de servicios, que goza de la facultad de nombramiento y de contratación de personal, o tenga injerencia directa o indirecta en el proceso de selección, se encuentra prohibido 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, conforme a lo dispuesto por la Quinta Disposición Final del Reglamento. 