



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Presidencia
Ejecutiva

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

Lima, 03 DIC 2010

OFICIO N° 717 -2010-SERVIR/PE

Señor

JOSÉ ANTONIO CHANG ESCOBEDO

Presidente del Consejo de Ministros

Presente.-

Asunto : Opinión sobre la autógrafa al Proyecto de Ley N° 4210/2010-CG

Tengo el agrado de dirigirme a usted con la finalidad de hacerle llegar adjunto al presente la opinión sobre la autógrafa al Proyecto de Ley N° 4210/2010-CG "Ley que otorga a la Contraloría General de la República potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional y modifica la Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República", que ha sido aprobada recientemente por el Congreso de la República.

Al respecto, adjunto al presente el Informe Legal N° 486-2010-SERVIR/GG-OAJ de la Oficina de Asesoría Jurídica de esta entidad, el mismo que cuenta con la conformidad de la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos, en virtud del cual se atiende vuestra solicitud.

Sin otro particular, quedo de usted.

Atentamente,

NURIA ESPARCH FERNANDEZ

Presidenta Ejecutiva
AUTORIDAD NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL

NEF/JAG/MMC/



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

INFORME LEGAL N° 406 -2010-SERVIR/GG-OAJ

A : **JORGE ARRUNATEGUI GADEA**
Gerente (e) de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

De : **MANUEL MESONES CASTELO**
Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica

Asunto : Opinión sobre la autógrafa al Proyecto de Ley N° 4210/2010-CG

Fecha : Lima, **04 DIC 2010**

Me dirijo a usted con relación a la autógrafa de “*Ley que otorga a la Contraloría General de la República potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional y modifica la Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República*”, que ha sido aprobada recientemente por el Congreso de la República.

1. La finalidad de dicha propuesta es dotar a la Contraloría General de la República de la facultad para sancionar administrativa y disciplinariamente a aquellos servidores y funcionarios que han sido observados en los propios informes de control que emite la Contraloría, y en virtud de los cuales se les ha identificado responsabilidad administrativa.

La construcción de un poder disciplinario externo a la entidad, es un mecanismo perfectamente legal que permitiría coadyuvar en una eficaz lucha contra la corrupción, siempre que dicho poder se regule bajo criterios uniformes, predecibles, objetivos y donde el derecho de defensa esté plenamente garantizado.

Bajo dicha premisa, es evidente que la finalidad de la autógrafa es mostrar un gesto político para que la ciudadanía perciba que en el Estado se busca mantener servidores y funcionarios idóneos cuya integridad y moralidad resulte intachable, y no a personas vinculadas con actos de corrupción.

Dicha posición principista también es compartida por la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR.

En efecto, tal como lo hemos señalado en anteriores oportunidades, una lucha integral contra la corrupción requiere de por los menos tres tipos de acciones: **a) acciones represivas** (esto es, fiscalizar, investigar y sancionar los actos de corrupción); **b) acciones preventivas** (el acceso a información para una adecuada fiscalización pública y ciudadana, transparencia del gasto público, de las remuneraciones o las declaraciones de bienes y rentas de los funcionarios estatales); y **c) buen gobierno** (reduciendo la subjetividad de las decisiones estatales y profesionalizando la gestión del Estado, con el objeto de eliminar la subjetividad e influencia política de las decisiones institucionales).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Consolidación Económica y Social del Perú”

Las políticas institucionales de SERVIR apuntan precisamente al buen gobierno y a la profesionalización e institucionalidad de las entidades estatales, a fin que éstas adopten decisiones conforme a la Ley.

Por ello, coincidimos con la finalidad que pretende alcanzar la propuesta, en el sentido de generar las condiciones que resulten necesarias para que la administración cuente con técnicos y profesionales de conducta incuestionable y que quienes cometan faltas, o incluso actos de corrupción, tengan una sanción efectiva.

2. **No obstante ello, consideramos que constituye un imperativo ineludible como órgano técnico especializado advertir al Poder Ejecutivo, las inconsistencias técnicas que la propuesta legislativa contiene (aun cuando ésta se haya originado con el fin de lograr un objetivo que todos compartimos), toda vez que dichas inconsistencias son tan claras que es absolutamente previsible su inoperatividad en cualquier instancia constitucional, además que de promulgarse en los mismos términos aprobados, generaría efectos completamente contrarios a la finalidad que se procura alcanzar.**

SERVIR tiene como observación principal al Proyecto de Ley N° 4210/2010-CG, la creación de un Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas bajo el ámbito de la Contraloría General de la República, órgano que en última instancia administrativa resolvería las apelaciones contra las sanciones que haya impuesto la misma Contraloría General, derivadas de informes de control emitidos por sus auditores. Es decir, estamos en contra de la creación de un sistema paralelo y autárquico de revisión de sanciones administrativas, contrario a las atribuciones del Tribunal del Servicio Civil previstas en el artículo 17º del Decreto Legislativo N° 1023.

En efecto, el Decreto Legislativo N° 1023 creó el Sistema Administrativo de Gestión de los Recursos Humanos bajo la rectoría de SERVIR, estableciéndose de manera expresa que dicho sistema **comprende a los regímenes de carrera y formas de contratación de servicios de personal utilizados por las entidades públicas, sin que ello implique reconocimiento de derecho alguno**¹.

Como todo Sistema Administrativo, la competencia temática que le otorga la ley a SERVIR le permite ejercer sus atribuciones incluso respecto a organismos constitucionalmente autónomos u otros poderes del Estado, toda vez que las opiniones, pronunciamientos, normas o resoluciones que se emiten recaen sobre materias vinculadas a la gestión de recursos humanos y no sobre las funciones inherentes a cada organismo público.

Los subsistemas que comprende el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, conforme al 5º del Decreto Legislativo N° 1023, son:

- a) La planificación de políticas de recursos humanos.
- b) La organización del trabajo y su distribución.

¹ Con excepción de los regímenes especiales de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional del Perú, del Servicio Diplomático de la República, que se rigen por sus normas y bajo la competencia de sus propias autoridades y de las empresas del Estado sujetas al ámbito de competencia del Fondo de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE, respecto de las que SERVIR ejerce sus funciones y atribuciones en coordinación con el citado organismo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

- c) La gestión del empleo.
- d) La gestión del rendimiento.
- e) La gestión de la compensación.
- f) La gestión del desarrollo y la capacitación.
- g) La gestión de las relaciones humanas.
- h) La resolución de controversias, entre las que se encuentran las cinco materias previstas en el artículo 17º del mencionado Decreto Legislativo (acceso al servicio civil; pago de retribuciones; evaluación y progresión en la carrera; régimen disciplinario; y, terminación de la relación de trabajo).

En este orden de ideas, el **hecho de sustraer del Sistema una materia esencial como es la capacidad sancionadora del Estado** (laboral o administrativa que se ejerce a través de cada entidad pública en su calidad de empleador), **y situarla de manera exclusiva bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control**, generaría una inconsistencia al interior del Sistema y afectaría su estructura, constituyendo además un precedente negativo respecto a las interferencias que podrían surgir de distintos poderes públicos a la independencia técnica de los sistemas administrativos.

La creación de un Tribunal Administrativo adicional al Tribunal del Servicio Civil (que ya está en funciones desde febrero del presente año) generaría distorsiones en la gestión de los recursos humanos en el Estado, toda vez que las mismas conductas de un mismo servidor o funcionario, dependiendo de quién inicia el procedimiento sancionador (la Contraloría o la entidad) podría generar dos procedimientos distintos (o incluso paralelos) con criterios, fundamentos y precedentes paralelos según la causa llegue en apelación al Tribunal del Servicio Civil o al por ahora inexistente Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República (a que aluden los proyecto de artículos 52º, 56º, 57º, 58 y 59º de la Ley N° 27785).

La propuesta objeto de análisis elimina cualquier participación del Tribunal del Servicio Civil y, con ello, nuevamente desconoce el carácter horizontal del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, que ha inspirado la creación de un órgano como dicho Tribunal, con el propósito de centralizar la revisión de las medidas impuestas por el Estado en ejercicio de la potestad sancionatoria que tiene sobre quienes le prestan servicios, cumpliendo una función unificadora de criterios y sobre todo, reduce la prevalencia de la discrecionalidad o subjetividad.

En esa misma línea, el artículo 17º del Decreto Legislativo N° 1023, cuando crea el Tribunal del Servicio Civil como órgano integrante de SERVIR y lo faculta a conocer los recursos de apelación en las siguientes materias: a) Acceso al servicio civil, b) Pago de retribuciones, c) Evaluación y progresión en la carrera, d) Régimen disciplinario y e) Terminación de la relación de trabajo; busca abarcar todo el proceso de ingreso, formación, progresión y salida de toda persona que ejerce función pública, y por realizar dicha función, debe ser gestionado objetiva y racionalmente por el Estado.

Consideramos que la creación de un Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas bajo el ámbito de la Contraloría General de la República, no sólo



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

contraviene las facultades del artículo 17º del Decreto Legislativo Nº 1023, sino que debilita el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, porque crea un modelo paralelo y autárquico sobre una materia que es inherente a la gestión de recursos humanos, como es decidir quiénes ejercen la función pública de manera inadecuada y la aplicación de medidas correctivas derivadas de dichas faltas.

Es precisamente sobre este segundo aspecto, que consideramos que el texto de la autógrafa de Ley, tal como ha sido aprobado por el Congreso de la República, va a generar un efecto completamente opuesto a su finalidad, toda vez que la creación de sistemas sancionadores paralelos impiden el fortalecimiento de criterios uniformes en la toma de decisiones en el Estado (como lo viene haciendo SERVIR y el Tribunal del Servicio Civil), facilitan la subjetividad y la arbitrariedad sin control del Estado, y en la práctica constituyen acciones concretas que van en contra de lo que al comienzo del presente documento señalamos como el buen gobierno, es decir la prevalencia de criterios objetivos en la gestión de recursos humanos y la profesionalidad de la gestión pública.

A ello se añade que al atribuirse a la Contraloría General la condición de primera y segunda instancia, no se está asegurando la imparcialidad en la resolución de los recursos que sean presentados contra las sanciones impuestas. Esta imparcialidad, en cambio, está plenamente asegurada con el Tribunal del Servicio Civil, órgano técnico autónomo de SERVIR y distinto de las entidades públicas /empleadores que actúan como primera instancia.

- Adicionalmente a nuestras observaciones, es importante que el Poder Ejecutivo conozca los términos en los que ha expresado su parecer la Asociación Peruana de Derecho Administrativo², presidida por el Dr. Jorge Danós Ordoñez, respecto a las inconsistencias técnicas de la propuesta normativa, advirtiendo desde el punto de vista académico que:⁽³⁾

*“Uno de los aspectos **más graves** (énfasis agregado) de este proyecto de Ley, es que el mismo pretende diferenciar la responsabilidad “administrativo-funcional” establecida en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control, de la responsabilidad disciplinaria administrativa, cuando en realidad son lo mismo”.*

(...)

“Para ello basta contrastar el texto de la definición de la “responsabilidad administrativa funcional” de la Ley 27785, con lo que señala, a guisa de ejemplo, el texto del artículo 25º de la Ley de la Carrera Administrativa. Ambos regulan la responsabilidad administrativa o disciplinaria, entendida como la responsabilidad personal que asumen los funcionarios y servidores públicos por el incumplimiento del marco legal aplicable al ejercicio de sus funciones o por el incumplimiento del marco jurídico vigente para el funcionamiento la Administración Pública”.

² Organización integrada por profesores universitarios de las más prestigiosas universidades del país.

³ Adjunto al presente el pronunciamiento de dicha Asociación, el mismo que es de acceso público en el link:

<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxkZXJlY2hvbWVnb2Npb3N5bWFzZGd4OjFjYjEwMDkyNWNlZWl3ZmE>



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

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

(...)

*“Lamentablemente, el proyecto de Ley, desde una perspectiva **que desconoce la evolución del derecho disciplinario y de la responsabilidad administrativa-funcional-disciplinaria del derecho administrativo**, pretende diferenciar de forma errónea entre la “responsabilidad administrativo-funcional” y la “responsabilidad disciplinaria”, señalando inclusive que, las entidades públicas pueden “seguir aplicando” las prescripciones de las normas disciplinarias y de ética en la función pública, que son “independientes” de la responsabilidad “administrativa-funcional”, deslizando inclusive la posibilidad de que puedan aplicarse sanciones por “responsabilidad administrativa-funcional” y por “responsabilidad disciplinaria”, lo cual no violaría el non bis in idem. Semejante interpretación se pretende justificar en la existencia de “relaciones especiales de sujeción” en la función pública, como si existiesen enormes diferencias entre la teoría general de las sanciones administrativas y las sanciones por “responsabilidad administrativa funcional” o “responsabilidad disciplinaria”, lo cual es un despropósito mayor, y además va en contra de la doctrina mayoritaria del derecho administrativo y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.*

(...)

*“**compartimos los argumentos de SERVIR, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, la cual señala que el proyecto de Ley de la Contraloría se inmiscuye en competencias propias del sistema administrativo de recursos humanos del Estado**, lo cual es lógico porque la regulación de la responsabilidad administrativa es un tema disciplinario y por ende tiene que ver con el régimen del empleo público, más que con el control, cual es la competencia constitucional específica de la Contraloría, la cual no tiene atribuciones para sancionar”.*



De otro lado, el Presidente del Poder Judicial y Presidente de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, Dr. Javier Villa Stein, también se ha manifestado en contra de la propuesta legislativa, señalando entre otras cosas que la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control deberían propender **“a tener un régimen o sistema integral para el manejo de las responsabilidades administrativas que incluyan, por ejemplo, las provenientes de infracciones al Código de Ética, la Ley de Gestión de Intereses; así como integren lo relacionado a la aplicación de sanciones administrativas por el tipo laboral, lo cual corresponde propiamente al Sistema de Recursos Humanos a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) como lo indica en su Oficio N° 447-2010-SERVIR/PE”.**

Aun cuando no compartimos necesariamente el íntegro de las opiniones de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo ni del Presidente del Poder Judicial y Presidente de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, se puede evidenciar que desde el enfoque académico especializado en derecho administrativo, la opinión técnica especializada en materia de recursos humanos en el Estado, el Poder Judicial y las entidades que integran la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, hay coincidencias en señalar que el Proyecto de Ley N° 4210/2010-CG contraviene las competencias del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, y carece de fundamentos técnicos y jurídicos para que la Contraloría ejerza la facultad sancionadora que desea, soslayando la competencia del Tribunal del Servicio Civil.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

En consecuencia, solicitamos que el Consejo de Ministros observe la autógrafa al Proyecto de Ley N° 4210/2010-CG en lo correspondiente a la existencia, conformación y atribuciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas bajo el ámbito de la Contraloría General de la República a que alude el artículo 1º de la propuesta, debiendo señalarse que corresponde al Tribunal del Servicio Civil resolver en última instancia administrativa las apelaciones que interpongan los servidores y funcionarios que impugnen las sanciones impuestas por la Contraloría General de la República.

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

Atentamente,



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

OAJ/MMC
C/mmc/2010/Informes/IL-Proyecto de Ley N 4210-2010-CR /autógrafa)