



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"

CARGO

INFORME LEGAL Nº 233-2010-SERVIR/GG-OAJ

A : **BEATRIZ ROBLES CAHUAS**
Gerente de Políticas de Gestión de Recursos Humanos

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

Referencia : Oficio Nº 851-2010-SG-MSS

Asunto : Sanción a ex funcionarios

Descriptor : a) Competencia de SERVIR
b) El poder disciplinario del Estado - empleador
c) El ejercicio de la potestad disciplinaria después del cese
d) Aplicación de la Ley del Código de Ética de la Función Pública

Fecha : Lima, **17 AGO 2010**



Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación al documento de la referencia, por medio del cual el Secretario General de la Municipalidad de Santiago de Surco consulta sobre la posibilidad de aplicar sanciones a ex funcionarios sujetos al régimen del Decreto Legislativo Nº 276.

Sobre el particular, expresamos lo siguiente:

I Base legal

1.1. El Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, establece en sus artículos 25º lo siguiente:

"Artículo 25.- Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan.

Artículo 30.- El servidor destituido no podrá reingresar al servicio público durante el término de cinco años como mínimo.

Artículo 32.- En las entidades de la Administración Pública se establecerán comisiones permanentes de procesos administrativos disciplinarios para la conducción de los respectivos procesos."



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"

- 1.2. El Reglamento de la norma anterior, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, prevé en el Capítulo XIII las reglas a observar para el desarrollo de los procesos administrativos disciplinarios y, entre ellas, establece en los artículos 173º, 174º y 175º lo siguiente:

"Artículo 173.- El proceso administrativo disciplinario deberá iniciarse en el plazo no mayor de un año (1) contado a partir del momento en que la autoridad competente tenga conocimiento de la comisión de la falta disciplinaria, bajo responsabilidad de la citada autoridad. En caso contrario se declarará prescrita la acción sin perjuicio del proceso civil o penal a que hubiere lugar.

Artículo 174.- El servidor cesante podrá ser sometido a proceso administrativo por las faltas de carácter disciplinario que hubiese cometido en el ejercicio de sus funciones dentro de los términos señalados en el artículo anterior.

Artículo 175.- Están comprendidos en el presente capítulo los funcionarios y servidores públicos contratados, en lo que les sea aplicable, aún en el caso que haya concluido su vínculo laboral con el Estado y dentro de los términos señalados en el artículo 173 del presente reglamento".

- 1.3. La Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública (en adelante, "el Código de Ética"), establece los principios, deberes y prohibiciones de carácter éticos aplicables a los funcionarios y empleados públicos, cuya transgresión genera responsabilidad.

El Reglamento esta norma, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, establece en los artículos 12º y 18º lo siguiente:

"Artículo 12.- De las sanciones aplicables a personas que ya no desempeñan Función Pública

Si al momento de determinarse la sanción aplicable, la persona responsable de la comisión de la infracción ya no estuviese desempeñando Función Pública, la sanción consistirá en una multa.

Artículo 18.- De la persona que no se encuentra en ejercicio de la función pública

La persona que no se encuentre en ejercicio de función pública podrá ser sometido al procedimiento administrativo disciplinario indicado en el presente Reglamento."

II Análisis

Competencia de SERVIR

- 2.1 Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia de servicio civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo, acceso, entre otras, emita de manera progresiva.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

- 2.2. Siendo SERVIR un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus atribuciones se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales en cada entidad.
- 2.3. En ese sentido, las consultas que absuelve esta entidad son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, **planteadas entre temas genéricos y vinculados entre sí**, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.

El poder disciplinario del Estado – empleador (facultad disciplinaria)

- 2.4. En términos generales, la configuración de una **relación laboral o estatutaria con el Estado** importa la concurrencia de tres elementos esenciales: la prestación personal de servicios, la retribución y la subordinación.

La subordinación, elemento que interesa para el presente análisis, tiene un doble componente. Del lado del servidor, implica un deber de sujeción respecto del Estado - empleador, y del lado de éste, importa la posibilidad de desplegar una serie de facultades orientadas a ordenar la prestación de los servicios contratados: dar órdenes, instrucciones o directrices, e imponer sanciones ante el incumplimiento de las obligaciones de aquél. Lo último configura el poder sancionador o disciplinario que ostenta el empleador.

El ejercicio de la potestad disciplinaria después del cese

- 2.5. La posibilidad del Estado – empleador de sancionar a un funcionario o servidor con posterioridad al cese de éste, tiene dos enfoques según el régimen en el que se encuentre dicho funcionario o servidor: desde el régimen de la actividad privada y desde el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

- **En el régimen laboral de la actividad privada**, el poder disciplinario tiene como escenario ineludible la relación laboral, porque de ella es de donde emergen una serie de obligaciones cuyo incumplimiento habilita al empleador, en tanto acreedor de los servicios prestados, a reaccionar imponiendo las sanciones correspondientes.

Esto implica que la extinción del vínculo laboral con trabajadores sujetos a este régimen determina la extinción también de la potestad disciplinaria de la entidad pública empleadora (aunque no impide la imposición de una sanción por infracción a la Ley del Código de Ética de la Función Pública, de corresponder).

Este criterio ha sido ratificado por el Tribunal del Servicio Civil en la Resolución N° 004-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, al sostener que:

*"(...) en el caso de relaciones reguladas por el TUO [el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral], el Estado en su calidad de empleador sólo podrá aplicar sanciones, previo procedimiento administrativo correspondiente, **cuando exista una relación laboral vigente con el servidor público, al no haberse previsto en el régimen***



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"

laboral de la actividad privada, la posibilidad de sancionar a un ex trabajador" (fundamento 9, énfasis agregado).

Y que:

"(...) lo antes expuesto, resulta de aplicación a aquellos casos en los cuales por norma expresa no se haya dispuesto lo contrario, como es el caso de lo establecido en el artículo 241º de la Ley Nº 27444, sobre la transgresión a la restricciones a ex autoridades de las entidades públicas" (fundamento 11).

- **En el régimen del Decreto Legislativo Nº 276** la situación es claramente diferente. En éste, el artículo 174º del Reglamento de dicha norma expresamente admite que el servidor que ha cesado sea sometido a proceso administrativo por las faltas de carácter disciplinario que hubiese cometido en el ejercicio de sus funciones, dentro de los términos señalados en el artículo 173 (*"en el plazo no mayor de un año (1) contado a partir del momento en que la autoridad competente tenga conocimiento de la comisión de la falta disciplinaria"*); y el artículo 175º extiende dicha disposición a los funcionarios y servidores públicos contratados, en lo que les sea aplicable, **aún en el caso que haya concluido su vínculo laboral con el Estado** y dentro del mismo término.

Importa precisar que en este ámbito, la posibilidad de imponer sanciones con posterioridad al cese es plenamente concordante con la lógica de "Empleador único" que en él asume el Estado, a partir de la cual una sanción impuesta a un ex funcionario o ex servidor por hechos derivados de su vinculación con una primera entidad, puede hacerse efectiva en el marco de una posterior relación de dicha persona con otra entidad bajo el mismo régimen, asumiéndose que en estos casos es el propio empleador (el Estado) el que hace efectiva la sanción, tal como lo hemos sostenido en el Informe Legal Nº 223-2010-SERVIR/GG-OAJ.

Aplicación de la Ley del Código de Ética de la Función Pública

- 2.6. Adicionalmente a las sanciones de naturaleza disciplinaria que recaen sobre servidores o funcionarios públicos vinculados laboralmente con el Estado, el Código de Ética da un sentido amplio a la categoría de *"empleado público"*, al establecer (artículos 4.1 y 4.2) que ella comprende **a todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos**, sea nombrado, contratado, designado, de confianza o electo, que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado, **sin importar el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto.**

En ese sentido, el Código de Ética, además de constituir un marco normativo adicional cuyo incumplimiento acarrea sanciones administrativas a los servidores y funcionarios públicos, las sanciones que dicha norma prevé también alcanzan a todo aquel que realiza función pública, sin las limitaciones de los regímenes de los Decretos Legislativos Nº 276 y 728, en los que la facultad disciplinaria requiere la existencia de un vínculo laboral (y en el régimen 728, que dicho vínculo se encuentre vigente al momento de aplicarse la sanción).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Oficina
de Asesoría Jurídica

"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

"Año de la Consolidación Económica y Social del Perú"

- 2.7. El artículo 9º del Reglamento del Código de Ética, aprobado por Decreto Supremo Nº 033-2005-PCM, prevé como posibles sanciones a aplicarse las siguientes: a) amonestación, b) suspensión, c) multa de hasta 12 Unidades Impositivas Tributarias – UIT, d) resolución contractual y e) destitución o despido; **y el artículo 12º dispone que si al momento de determinarse la sanción aplicable, la persona responsable de la comisión de la infracción ya no estuviese desempeñando función pública, la sanción consistirá en una multa.**

De manera concordante, el artículo 18º establece que quienes que no se encuentren en ejercicio de función pública pueden ser sometidos al procedimiento administrativo disciplinario que dicha norma establece.

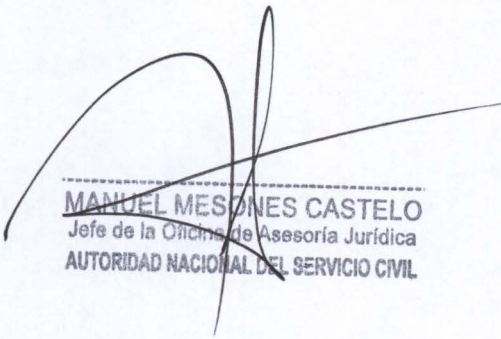
- 2.8. Como puede verse, al igual que el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, pero con alcances diferentes, esta norma contempla de forma expresa la posibilidad de aplicar sanciones a personas que habiendo tenido un vínculo laboral con la administración pública, ya no lo tengan a la fecha de imposición de la sanción, disponiendo que en tales casos la sanción aplicable es de tipo pecuniario: una multa de hasta 12 Unidades Impositivas Tributarias.

III. Conclusión

El cese de funcionarios o servidores sujetos al régimen del Decreto Legislativo Nº 276, no limita la posibilidad de sancionarlos por faltas cometidas mientras estuvieron vinculados al Estado, ni por infracciones a la Ley del Código de Ética de la Función Pública, al existir una habilitación expresa para ello. Para dicho efecto deben seguirse los procedimientos correspondientes y observarse los plazos establecidos.

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

Atentamente,


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

MMC/apv

D:/Mis doc/archivos 2010/Informes legales (IL)/IL-Sanción a ex servidores 276-Mun. Surco