



PERÚ

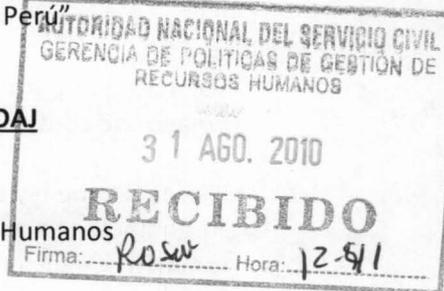
Presidencia
del Consejo de Ministros

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 Nº 258 -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 008/07/2010-2011-CFC-CR

Asunto : Opinión sobre Proyecto de Ley Nº 4210/2009-CG

Fecha : Lima, **31 AGO 2010**

Me dirijo a usted con relación al documento de la referencia, mediante el cual el Presidente de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República solicita opinión sobre el Proyecto de Ley Nº 4210/2009-CG, que propone una *“Ley que otorga a la Contraloría General de la República potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional y modifica la Ley Nº 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”*.

Sobre el particular, la expreso lo siguiente:

I Reglas sobre la actuación de los órganos del Sistema Nacional de Control

1.1 La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley Nº 27785 (“la LOSNC”, en adelante), establece una marcada diferencia entre la facultad de los órganos integrantes del Sistema Nacional de Control **para identificar responsabilidad** (literal f del artículo 15º de dicha norma) y la competencia de las instituciones **para procesar y sancionar a las personas**, haciendo efectiva la responsabilidad administrativa funcional, civil o penal que corresponda (artículo 11º del mismo dispositivo).

Así, la facultad de los órganos de control se circunscribe a **identificar la responsabilidad** y de ser el caso, denunciar ante las autoridades respectivas (titulares de entidades, Ministerio Público, Poder Judicial) cuando se advierta que determinadas conductas imputables a servidores y funcionarios públicos o personas que disponen de los recursos públicos, han sido contrarias a Ley.

En este esquema, la competencia de dichos órganos no se extiende a aplicar sanciones o determinar la responsabilidad de los funcionarios y servidores que ellos mismos han investigado. Esta competencia no es parte integrante de la labor de control, aún cuando puede ser una derivación de ésta. De ahí que la misma LSNCO la ha delegado a las autoridades administrativas y judiciales a fin que éstas, respectivamente, inicien las



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

acciones que permita sancionar o exonerar de responsabilidad a las personas que los órganos de control han observados en sus acciones y actividades de control.

- 1.2 El proyecto de ley tiene por objeto que la Contraloría General de la República extienda su competencia **no sólo a identificar eventuales inconductas administrativas, sino también a sancionar a aquellas personas que han sido observadas por el propio Sistema Nacional de Control.**

En efecto, la iniciativa plantea incorporar a la LOSNC el artículo 45º, estableciendo que la Contraloría tiene la capacidad de *“ejercer de manera exclusiva y excluyente la potestad sancionadora para el deslinde y sanción (énfasis agregado) de la responsabilidad derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema”*, a la vez de añadir un párrafo al inciso d) del artículo 22º de la misma norma, previendo como atribución de dicho organismo *“Imponer sanciones a los funcionarios o servidores públicos que cometan infracciones al ejercicio del control o incurran en responsabilidad administrativa funcional”*.

- 1.3 Como cuestión previa, debemos resaltar la pertinencia de aquellas propuestas normativas que tengan por objeto promover el adecuado ejercicio de la función pública. Sin embargo, **también la necesidad de que éstas armonicen con el diseño actual del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos**, a efectos de ser coherentes.

En ese sentido, el presente informe aborda aquellos aspectos del proyecto sometido a consideración que se encuentran vinculados con el precitado Sistema, y la competencia de SERVIR, prevista en el Decreto Legislativo N° 1023.

En primer lugar, es importante señalar que a partir de la dación de la mencionada norma, dicho Sistema se encuentra bajo la rectoría de SERVIR, habiéndose establecido de manera expresa que el mismo (en tanto se implemente de modo integral la nueva Ley del Servicio Civil) **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, disposiciones o resoluciones que se emiten sobre materias vinculadas a la gestión de recursos humanos, y no sobre las funciones inherentes a cada organismo público.

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.



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

Los subsistemas que comprende el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, conforme al 5º del Decreto Legislativo Nº 1023, son:

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

As, en la medida que dicho Sistema, por su alcance general, tiene carácter transversal en la Administración Pública, **el hecho de sustraer de él una materia esencial como es la capacidad sancionatoria (laboral o administrativa) del Estado** (que se ejerce a través de cada entidad pública), **y situarla de manera exclusiva bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control**, generaría una inconsistencia al interior de aquél y afectaría su estructura, constituyendo además un precedente negativo respecto a las atribuciones de cada sistema administrativo.

II Del régimen sancionatorio propuesto

2.1. Parte de la problemática existente en el Estado para la aplicación de sanciones a las personas que le prestan servicios, radica en dos hechos que confluyen y obstruyen el accionar estatal:

- Por un lado coexisten diversos regímenes de contratación y vinculación con el Estado (D. Leg. 728, D. Leg. 276, D. Leg. 1057, Fondo de Apoyo Gerencial, PNUD, Proyectos de Cooperación, regímenes especiales, entre otros) y
- Por otro lado, las normas que regulan las atribuciones del Estado, sancionan diversas inconductas (faltas disciplinarias, faltas al código de ética, incumplimiento a las normas de incompatibilidades, entre otras), sin diferenciar claramente entre las facultades disciplinarias que tiene un empleador (inherentes de una relación laboral/subordinada, aplicables al Estado cuando actúa como tal) de las facultades sancionadoras administrativas (inherente del Estado y que la ejerce aun cuando no exista una relación laboral o ésta ya se haya extinguido).

2.2 Esa diferenciación, que sería una aparente disquisición teórica, tiene efectos prácticos concretos, toda vez que es la que permite y sustenta la capacidad sancionadora del Estado y las limitaciones de éste cuando actúa frente a las personas que le prestan servicios. En esa línea, se puede concluir que los esfuerzos normativos deberían apuntar, más bien, a establecer un régimen único de sanciones aplicables a las personas al servicio del Estado, que pueda eliminar las inconsistencias que la actual multiplicidad de regímenes de sanción genera, y que, entre otras cosas, se ven



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

traducidas en que conductas de la misma naturaleza lleguen a merecer sanciones diferentes.

Pongamos un ejemplo en el que en una misma entidad pública tiene 4 funcionarios del mismo nivel y responsabilidades similares, pero vinculados con el Estado de manera distinta (CAS, DL 728, DL 276 y FAG). Imaginemos que los 4 funcionarios participan en una actividad que es identificada como generadora de responsabilidad administrativa funcional por parte de la Contraloría General de la República, lo que amerita el inicio de un procedimiento sancionador. Dado el distinto tipo de vinculación con el Estado, actualmente cada funcionario debería ser procesado según el procedimiento que respectivo conforme a las normas laborales correspondientes a una relación de subordinación, las normas del DL 276 para las relaciones estatutarias o el procedimiento previsto en el DL 1057 cuando se trata de contrato administrativo de servicios. Asimismo, las consecuencias de cada procedimiento serán distintas según el tipo de vínculo que una al funcionario con el Estado, lo que genera situaciones de inequidad toda vez que respecto a una misma conducta realizada por funcionarios de igual rango y responsabilidad la sanciones (si pudieran ser aplicables) serían distintas.



- 2.3. En efecto, el proyecto de Ley objeto de análisis, aun cuando deja entrever que habría un único procedimiento sancionador que solucione la dispersión que actualmente existe, no ha tomado en cuenta las diferencias de regímenes de contratación de personal existentes al momento de definir las sanciones a aplicar, toda vez que prevé como sanciones: i) la destitución o despido, ii) la inhabilitación para formar parte de cualquier entidad sujeta a control bajo cualquier tipo de régimen laboral o contractual por un plazo de hasta 5 años, iii) suspensión temporal en el ejercicio de las funciones sin goce de remuneraciones hasta por un plazo de 180 días, iv) multa; **sin establecer algún criterio que considere la naturaleza del vínculo que una (o haya unido) al infractor con el Estado.**

En esa línea, un elemento que merece ser observado es que la imposición de sanciones de despido, destitución o suspensión sin goce de remuneraciones, sólo podrían tener cabida respecto de quienes tienen con el Estado una relación de índole laboral (e incluso no serían aplicables cuando la relación subordinada haya concluido); y no para quienes se hubiesen vinculado a aquel a través de otro tipo de relaciones. Por ello, es claro que la propuesta no está considerando la naturaleza de esas **otras relaciones**, en cuyo marco no podrían ameritar una destitución, un despido o una suspensión **sin goce de remuneraciones.**

- 2.4. Un siguiente aspecto está referido a la previsión de una sanción de multa. Respecto de quienes tienen con el Estado una relación laboral o estatutaria, una sanción de este tipo no es admisible, porque implicaría conferir al empleador – Estado la potestad de adoptar, de manera directa, una medida de contenido pecuniario que incida en la remuneración (o el patrimonio) del trabajador, lo que va contra el carácter alimentario que tiene aquella.



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”

Al respecto, conviene recordar en el contexto jurídico vigente, la sanción de multa se encuentra prevista en el Reglamento del Código de Ética de la Función Pública, como una medida posible de ser adoptada con relación a quienes ejercen función pública sin tener vínculo laboral con el Estado. En estos casos, la sanción es de tipo administrativo.

III. Creación del Registro de Sancionados de la Contraloría General de la República

3.1. Otra materia se vincula al Registro de Sancionados que el artículo 49º de la propuesta plantea crear, estableciendo:



“Las sanciones impuestas será anotadas en el Registro de Sancionados de la Contraloría General de la República. Dicho registro deberá ser consultado obligatoriamente por todas las entidades del Estado como requisito previa al acceso a la función pública, independientemente de la modalidad de ingreso.”

Advertimos que este planteamiento está omitiendo considerar que actualmente ya existe un Registro de Sanciones de Destitución y Despido, administrado por SERVIR, en el que se registran las sanciones que se hayan aplicado a cualquier autoridad o personal al servicio de una entidad, independientemente de su régimen laboral o contractual, con el objeto de impedir su reingreso a cualquiera de las entidades por un plazo de cinco años.

El funcionamiento de dicho registro ha sido normado por el Decreto Supremo N° 089-2006-PCM, que en el artículo 12º ha establecido una obligación de consulta previa en los procesos de contratación o nombramiento similar a la que la iniciativa plantea, en los términos siguientes:

“Artículo 12º

En todo proceso de nombramiento, designación, elección, contratación laboral o de locación de servicios la entidad pública deberá de consultar previamente al RNSDD, a fin de verificar si una persona se encuentra inhabilitada para ejercer función pública.

El incumplimiento por parte del responsable a que se refiere la presente disposición acarrea la respectiva responsabilidad administrativa, civil o penal.”

Por ello, se concluye que la creación de un registro paralelo, como se propone, resultaría discordante con lo que establece el artículo 5º, inciso d), de la Ley N° 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, en el sentido que el proceso de modernización de la gestión del Estado se sustenta fundamentalmente, entre otras acciones, en una *“Mayor eficiencia en la utilización de los recursos del Estado”* eliminándose la **duplicidad o superposición de competencias, funciones y atribuciones entre sectores y entidades o entre funcionarios y servidores.**

IV. De la regulación del recurso de apelación

4.1 El esquema sancionatorio que la iniciativa plantea, prevé que contra la sanción que se imponga luego de haber identificada responsabilidad administrativa funcional en



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

alguna persona al servicio del Estado, se pueda interponer recurso de apelación para que la medida sea revisada por el superior jerárquico del órgano que sancionó.



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.

- 4.2 En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1023, del 21 de junio de 2008, que crea SERVIR como organismo técnico especializado rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, este Sistema comprende, entre otros aspectos, la resolución de controversias.

En esa misma línea, el artículo 17° de dicha norma establece que el Tribunal del Servicio Civil es un órgano integrante de SERVIR que conoce recursos de apelación en las siguientes materias y constituye última instancia administrativa:

- a) Acceso al servicio civil.
- b) Pago de retribuciones.
- c) Evaluación y progresión en la carrera.
- d) Régimen disciplinario.
- e) Terminación de la relación de trabajo.

- 4.3 De lo señalado se desprende que actualmente existe un órgano colegiado, dependiente de SERVIR pero con autonomía técnica, que tiene a cargo la solución de las controversias individuales que se presenten entre las entidades y las personas a su servicio.

Es precisamente dicho Tribunal el que ha venido operando desde enero del presente año y delimitando de manera independiente, su competencia para revisar las apelaciones contra sanciones (independientemente de si se trata de una sanción disciplinaria o administrativa), terminación de la relación de trabajo (cuando se trata de un régimen laboralizado, estatutario o de cualquier otra naturaleza) y acceso al servicio civil (donde podría incluir cualquier cuestionamiento individual a un proceso de selección o la inhabilitación para el ejercicio de una función pública), entre otras.

Como se puede apreciar, el Tribunal del Servicio Civil, ente independiente y especializado, se encarga de resolver, no sólo los recursos de apelación contra las sanciones de suspensión, inhabilitación, despido y destitución, sino contra cualquier acto emitido por las entidades respecto al régimen disciplinario, terminación de la relación de trabajo, acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera y pago de retribuciones.



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 ese sentido, consideramos que la previsión de un recurso de apelación como el que se plantea, no se encuentra alineado a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1023, y podría generar distorsiones en la organización del Sistema, al determinar que mientras el conocimiento y resolución de un grupo de recursos de apelación sean de competencia del Tribunal del Servicio Civil, el conocimiento y resolución de otros (el de aquellos emanados de responsabilidades identificadas en acciones de control) sean de competencia de la Contraloría (específicamente, del superior jerárquico del órgano que impuso la sanción).

III Conclusión

Atendiendo a lo expresado, opinamos que el Proyecto de Ley sometido a consideración no debe ser aprobado, por requerir diversas que desde el punto de vista de las competencias de SERVIR como ente rector del Sistema de Gestión de Recursos Humanos se han planteado en el presente informe.

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