



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"

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
GERENCIA DE POLÍTICAS DE GESTIÓN DE
RECURSOS HUMANOS

13 MAYO 2010

RECIBIDO

Financ: 10.01 Hora: Rosar

INFORME LEGAL Nº / / -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 0946/07/09/CFC-CR

Asunto : Opinión sobre Proyecto de Ley Nº 1729/2007-CG

Fecha : Lima, **17 MAY 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 1729/2007-CG, "*Ley sobre determinación de la responsabilidad administrativa funcional proveniente de los informes y documentos emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control*".

Sobre el particular, manifiesto que la evaluación que esta Oficina de Asesoría Jurídica realizará respecto de la mencionada propuesta normativa se circunscribe a los siguientes temas, los cuales serán desarrollados en el mismo orden:

- I Regulación de la actuación de los órganos del Sistema Nacional de Control.
- II De la conformación de la Comisión de determinación de responsabilidad administrativa funcional (CODRAF).
- III De la creación del Tribunal de Cuentas Administrativas.

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, 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 la Ley Nº 27785) de la **competencia de la autoridades institucionales y aquellas competentes por Ley para procesar y sancionar** (deslinde de responsabilidad) a las personas a fin de determinar la responsabilidad administrativa funcional, civil o penal que corresponda (artículo 11º de la Ley Nº 27785).

En ese sentido, 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 advierta que determinadas conductas imputables a servidores y funcionarios públicos o personas que disponen de





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"

los recursos públicos, han sido contrarias a Ley. La competencia de los órganos de control no se extiende a aplicar sanciones o determinar la responsabilidad de los funcionarios y servidores que ellos mismos han investigado. Por el contrario, esa segunda competencia, **calificada como determinación de responsabilidades**, la misma Ley de Control, la ha delegado a las autoridades administrativas y judiciales a fin que éstas, respectivamente, inicien las 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 No obstante lo expuesto, el proyecto de Ley tiene por objeto que la Contraloría General de la República extienda su competencia **a no sólo identificar eventuales inconductas administrativas sino también a determinar la responsabilidad administrativa funcional (a través del Tribunal de Cuentas)** de aquellas personas que han sido observadas por el propio Sistema Nacional de Control que la Contraloría regenta.

En efecto, a partir de la lectura del inciso b) del artículo II del Título Preliminar de la propuesta, se advierte que ésta tendría, entre otros objetivos: *"Asegurar que el procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa funcional garantice el derecho de defensa de los procesados y asegure el debido procedimiento administrativo"*. En concordancia con esta finalidad, el título III aborda lo relativo a la actuación de los órganos del Sistema Nacional de Control en los casos que se identifique responsabilidad administrativa funcional.

- 1.3 Si bien coincidimos con los objetivos que se pretenden alcanzar con la propuesta legislativa toda vez que guardan coherencia con una efectiva política de lucha contra la corrupción, centraremos nuestra opinión solo en determinados definiciones, procedimientos, órganos y competencias que entendemos están vinculadas con el Sistema Administrativo de Gestión de Personal y la competencia de SERVIR, previstas en el Decreto Legislativo N° 1023.

- 1.4 En ese contexto, advertimos que el modo en que deben actuar los Órganos de Control en la determinación de responsabilidades, no necesariamente debe estar contenido en una norma con rango de ley, como se propone, sino que podría ser regulado por la propia Contraloría General de la República en su condición de rector del mencionado Sistema, a través de algún instrumento interno de observancia obligatoria por los órganos que lo integran.

Dicho instrumento podría recoger algunas de las disposiciones incluidas en el Título III de proyecto y que, constituyen, esencialmente mandatos dirigidos a los Órganos de Control para el cumplimiento de sus fines (como, por ejemplo, la obligación de tener en cuenta los criterios listados en los incisos a) al h) del artículo 4º, o la adopción de la medida prevista en la parte final de éste, cuando una infracción no haya generado algún efecto perjudicial negativo en la entidad).



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"

II De la conformación de la Comisión de determinación de responsabilidad administrativa funcional (CODRAF)

2.1. Parte de la problemática existente en el Estado para las aplicaciones de sanciones a las personas que prestan servicios al Estado, parte dos hechos que confluyen y obstruyen el accionar estatal: 1) Por un lado coexisten diversos regímenes de contratación y vinculación con el Estado (DL 728, DL 276, DL 1057, Fondo de Apoyo Gerencial, PNUD, Proyectos de Cooperación, regímenes especiales entre otros) y por otro lado; 2) 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) no diferencian claramente entre las facultades disciplinarias que tiene un empleador (inherentes de una relación laboral/subordinada aplicables al Estado cuando actúa como empleador) con 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.

El diseño y competencias de la Comisión de determinación de responsabilidad administrativa funcional (CODRAF) que contiene el proyecto de Ley es un ejemplo de cómo no se han tomado en cuenta dichas diferencias, cuando establece que toda entidad deba contar con una comisión que, entre otros aspectos, sea la encargada de: i) evaluar las recomendaciones contenidas en los informes y documentos emitidos por los Órganos de Control que identifiquen responsabilidad administrativa funcional, ii) iniciar y conducir el procedimiento de determinación de dicha responsabilidad (entre ellas evaluar los descargos del procesado) e iii) imponer las sanciones correspondientes.

Así, en el esquema que se propone, la CODRAF sería un órgano dependiente administrativamente de cada entidad, que tendría a cargo evaluar las recomendaciones contenidas en los informes y documentos emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control que identifiquen responsabilidad funcional, actuando como una instancia de investigación, de identificación de responsabilidades y de **sanción**. El Tribunal de Cuentas Administrativas, por su parte, tendría la calidad de órgano revisor de las resoluciones de dicha Comisión, conociendo en segunda y última instancia los recursos de apelación interpuestos contra las sanciones que el primer órgano imponga.¹

Cuando el Estado actúa como empleador en una relación laboral (regulada por el Decreto Legislativo N° 728), no existe impedimento para que quien investiga una falta

¹ Este Tribunal además conocería en instancia única los procedimientos de determinación de responsabilidad de los Titulares de entidades, y, en consulta los casos en los que la CODRAF decida no imponer sanción, o imponer amonestación, pese a que se haya determinado que la falta cometida muy grave.



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"

sea la misma autoridad que impone la sanción disciplinaria, toda vez que la facultad para sancionar a un trabajador es el ius punendi inherente a todo empleador.

Sin embargo, cuando el Estado actúa en ejercicio del ius imperio estatal y partir de dicha atribución ejerce la facultad sancionadora, genera una doble connotación, pues así como se le permite extender su competencia a quienes no tienen una relación de subordinación con él, también le impone a la administración mayores controles a fin de evitar que esa concentración de poder termine afectado derechos fundamentales de los administrados.

Es por ello que esta propuesta estaría dejando de observar una de las reglas esenciales que existen en materia sancionatoria administrativa, por la cual los procedimientos sancionadores deben ordenarse de modo que en su estructura se diferencie entre la autoridad que conduce la investigación y la que decide e impone la sanción.

Este principio se encuentra recogido en el numeral 1 del artículo 234º de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, en los términos siguientes:

"Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

1. *Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, cuando la organización de la entidad lo permita."*

Para MORÓN URBINA², la exigencia impuesta por esta norma se funda en la necesidad de garantizar el principio de imparcialidad, de modo que los **órganos administrativos** decidan los asuntos que deban conocer sin tener una posición preconcebida, que pueda determinarlos a resolver en algún sentido. Para dicho autor, la norma glosada postula que:

"...para que el órgano encargado de resolver los procedimientos administrativos sancionadores, mantenga la debida imparcialidad, la actividad de instrucción debe quedar separada de la función decisora, y esa separación no sólo debe ser funcional sino también orgánica: el procedimiento administrativo sancionador debe contar, entonces, con dos etapas, una encaminada a averiguar los hechos y a dejar constancia de la conducta presuntamente infractora; y la otra destinada a juzgar formalmente esa conducta, aplicar la sanción correspondiente o absolver al investigado".

- 2.3. De otro lado, un esquema sancionatorio como el propuesto no sólo significaría omitir la necesaria división de etapas y competencias (para investigar y sancionar) reseñada, sino que además supondría una vinculación funcional entre la CODRAF y el Tribunal de Cuentas Administrativas, discordante con la independencia que el artículo 9º plantea

² MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, tercera edición revisada actualizada, Lima, 2004, p. 646.





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"

atribuirle al primer órgano, y que podría llegar a afectar el derecho del servidor o persona al servicio del Estado sancionado (o absuelto) a una resolución firme de manera oportuna.

Así, de la parte final del artículo 12º, se puede apreciar que se establece que en los casos que la CODRAF considere que no corresponde la imposición de sanción, o imponga una amonestación, pese a que el informe de control haya determinado que la infracción es muy grave, la resolución debe elevarse en consulta al mencionado Tribunal, quedando a resultados del pronunciamiento que este órgano colegiado emita.

Una disposición como ésta dilataría la posibilidad del procesado de contar con una resolución de primera instancia firme, lo que corrobora la inconveniencia de la propuesta.

III De la creación del Tribunal de Cuentas Administrativas

- 3.1 Aún cuando en los numerales precedentes hemos hecho mención al Tribunal de Cuentas Administrativas, dichos comentarios tenían como finalidad opinar sobre determinados aspectos entre dicho órgano colegiado y las CODRAFs. Por ello, el presente acápite analiza de una manera mucho más detallada la pertinencia de contar con un Tribunal de Cuentas Administrativas.

De los antecedentes proporcionados se advierte que la propuesta legislativa presentada data del 15 de octubre del año 2007; esto es, que tiene una antigüedad de más de dos años, período en el que se han publicado nuevos dispositivos que tienen directa relación con la propuesta bajo comentario, y que harían innecesaria y contradictoria su existencia.

- 3.2 En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º del Decreto Legislativo N° 1023, del 21 de junio de 2008 -que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) como organismo técnico especializado rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos-, el ámbito del Sistema que conduce SERVIR comprende, entre otros, la resolución de controversias.

Asimismo, conforme al artículo 17º del Decreto Legislativo N° 1023, 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.

- 3.3 De lo señalado precedentemente 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 al interior de las mismas.

**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"

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 (que de acuerdo con la propuesta legislativa correspondería pronunciarse al Tribunal de Cuentas Administrativas), 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.

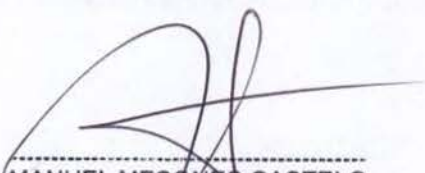
Por consiguiente, consideramos que la creación del Tribunal de Cuentas Administrativas no resulta conveniente, pues las funciones que se plantean atribuir a dicho órgano se superpondrían con las que el Decreto Legislativo N° 1023 atribuye al Tribunal del Servicio Civil, generando una doble asignación de recursos.

III Conclusión

Atendiendo a lo expresado, opinamos que el Proyecto de Ley sometido a consideración no debe ser aprobado, por requerir de diversas actualizaciones y modificaciones 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

OAJ/MMC/tnr/aepv

c/tnr/2010/Informes/Proyecto de Ley N° 1729-2007-determinación de responsabilidad

