

**Universidad Católica de Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Segunda Especialidad en Gobernabilidad y Gestión Pública**



**EXPEDIENTE PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:**  
**“ACCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA EN CONTRA DE RESOLUCIÓN  
DE SANCIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE  
LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA”**

Trabajo académico presentado por la Abogada:

**Oré Álvarez, Cinthya Carla**

Para optar el Título de Segunda Especialidad en:

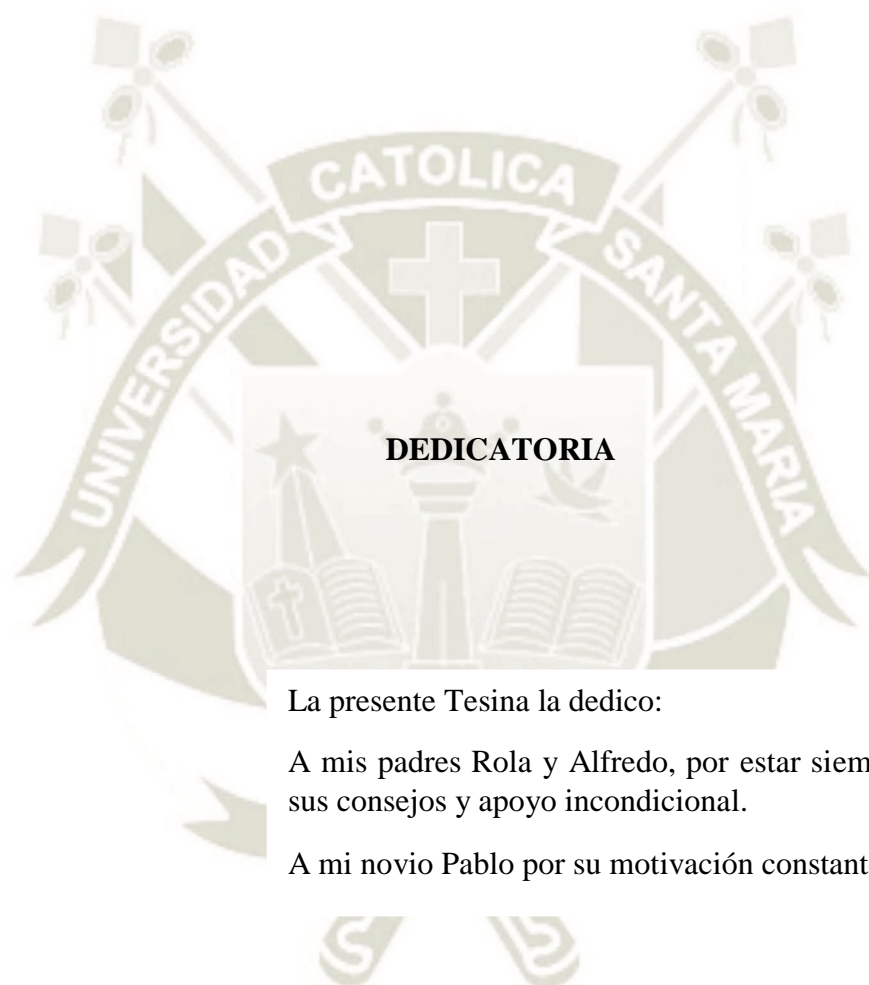
Gobernabilidad y Gestión Pública.

**Asesor:**

**Abg. Fernández Salguero, James**

**AREQUIPA-PERU**

**2019**



## **DEDICATORIA**

La presente Tesina la dedico:

A mis padres Rola y Alfredo, por estar siempre presentes con sus consejos y apoyo incondicional.

A mi novio Pablo por su motivación constante.

## ÍNDICE GENERAL

**DEDICATORIA**

**ÍNDICE GENERAL**

**INTRODUCCIÓN**

**RESUMEN**

**ABSTRACT**

### **CAPÍTULO I**

#### **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR .....	3
1.1. Administrados implicados y faltas imputadas .....	3
1.1.1. José Alberto Franco Casas.....	3
1.1.2. Walter Natham Jaime Dongo Chávez, Edgardo Bernejo Lopez, Pablo Isidoro Alcca Lazo Y Dilia Hildaura Urquizo Valdivia.....	4
1.1.3. Jorge Luis Reyes Lujan, Rodolfo Alberto Teran Rivas Y Nelda Luz Guerra Serra .....	4
1.1.4. Edgar Jesus Zegarra Obando .....	4
1.2. Hechos.....	4
1.3. Resumen y opinión personal de la resolución del órgano sancionador .....	17
1.4. Resolución del tribunal superior de responsabilidades administrativas .....	21
1.4.1. Análisis y opinión personal de la resolución del tribunal superior.....	32

### **CAPÍTULO II**

#### **PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

2. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....	37
2.1. Demanda .....	37
2.1.1. Análisis personal de la demanda y del petitorio .....	39
2.2. Excepción.....	40
2.3. Contestación de la Demanda y Excepción.....	41
2.4. Decisión de la excepción .....	42
2.5. Fijación de puntos controvertidos.....	42
2.6. Dictamen fiscal .....	42

2.7.	Sentencia N° 1487-2015 (Primera Instancia) .....	43
2.7.1.	Opinión personal de la sentencia en primera instancia.....	43
2.8.	Recurso de apelación: .....	44
2.9.	Dictamen fiscal segunda instancia .....	46
2.10.	Informes orales y escritos .....	46
2.11.	Sentencia de vista N° 199-2017.....	47
2.11.1.	Opinión de la sentencia de vista .....	49
2.12.	Recurso de casación.....	50
2.13.	Casación N° 6967-2017 .....	51

### **CAPÍTULO III MARCO TEÓRICO**

3.1.	Función pública.....	53
3.1.1.	Funcionario Público.....	53
3.2.	Procedimiento sancionador por infracciones al ejercicio de control .....	54
3.2.1.	Informe de control .....	55
3.2.2.	Facultad Sancionadora de la Contraloría General de la República. ....	56
3.2.3.	Principios que deben tenerse en cuenta .....	56
3.2.4.	Ámbito de Aplicación.....	57
3.2.5.	Alcance .....	58
3.2.6.	Aplicación supletoria.....	58
3.2.7.	Relación de los Órganos Competentes .....	59
3.2.8.	Infracciones.- .....	61
3.2.9.	Clasificación y fases del procedimiento sancionador por infracciones al ejercicio de control.....	71
3.2.10.	Tipos de Responsabilidad.....	72
3.2.11.	Criterios para eximir, imponer y reducir sanciones e inscripción en el registro de sancionados.....	82
3.2.12.	Recursos Impugnatorios .....	83
3.3.	Proceso contencioso administrativo.....	84
3.3.1.	Principios del Proceso Contencioso Administrativo.-.....	92
3.3.2.	Legitimidad para Obrar Activa.....	93
3.3.3.	Representación y Defensa de las entidades administrativas.- .....	93
3.3.4.	Acumulación.- .....	94

3.3.5. Los medios Probatorios.-.....	94
4. OPINIÓN PERSONAL DEL CASO .....	99
CONCLUSIONES:.....	100
RECOMENDACIONES .....	101
BIBLIOGRAFÍA .....	102



## RESUMEN

El presente procedimiento administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional, deriva de una acción de cumplimiento que llevó a cabo el Órgano de Control Institucional de la Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero, Informe de Control N° 280-2013-CG/CRS en el cual se analizan dos hechos principalmente, el primero el pago irregular de servicios contratados mediante la Adjudicación de Menor Cuantía N° 024-2011-MDJLBYR, cuya prestación efectiva no se acreditó y el segundo el pago irregular de bonificaciones y aguinaldos e incremento de remuneraciones en favor de funcionarios y personal de dirección durante los periodos 2011 y 2012.

De este último hecho estuvieron involucrados más de un funcionario público los cuales en su totalidad fueron sancionados por la Contraloría General de la República, nosotros analizaremos el caso del administrado Edgar Jesús Zegarra Obando al cual se le impone un año de inhabilitación para el ejercicio de la función pública y luego el Tribunal ratifica la sanción.

Es por ello que el administrado recurre al Poder Judicial fundamentándose principalmente en que él había sido inducido a un error por parte de la administración pública ya que no quedaba muy claro si los funcionarios con cargos directivos o cargos de confianza podían beneficiarse o no con las negociaciones colectivas de los trabajadores de una entidad pública.

Sin embargo en las dos instancias jurisdiccionales no se cambia de criterio y tomando los mismos argumentos resuelven en primera y segunda instancia imponer la sanción de 01 año de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, finalmente estas decisiones fueron confirmadas por la Corte Suprema de Justicia.

***Palabras Clave:*** *Funcionario Público, Procedimiento Administrativo Sancionador*

## ABSTRACT

The present administrative sanctioning procedure for functional administrative responsibility derives from a compliance action carried out by the Institutional Control Body of the Municipality of José Luis Bustamante y Rivero, Control Report No. 280-2013-CG / CRS in which Two main facts are analyzed, first the irregular payment of services contracted through the Award of Minor Amount N ° 024-2011-MDJLBYR, whose effective benefit was not credited and the second the irregular payment of bonuses and bonuses and increase of remunerations in favor of officials and management personnel during the 2011 and 2012 periods.

Of this last fact were involved more than one public official who in their entirety were sanctioned by the Comptroller General of the Republic, we will analyze the case of the administered Edgar Jesus Zegarra Obando which is imposed a year of disqualification for the exercise of the public function and then the Court ratifies the sanction.

That is why the administrator resorts to the Judiciary based mainly on the fact that he had been misled by the public administration since it was not very clear whether the officials with management positions or positions of trust could benefit or not with the negotiations collectives of workers of a public entity.

However, in both jurisdictional instances there is no change of criteria and, taking the same arguments, they resolve in the first and second instance to impose the sanction of 01 year of disqualification for the exercise of the public function, finally these decisions were confirmed by the Supreme Court of Justice.

**Keywords:** *Civil servant, Administrative Sanctioning Procedure*

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo nos permitirá analizar una de las potestades que tiene el Estado para ejercer su poder punitivo a través del procedimiento administrativo sancionador, el cual sirve de soporte al derecho administrativo.

Es por ello que el presente documento se ha dividido en tres capítulos con la intención de hacer primero un análisis de un expediente administrativo sancionador por responsabilidad administrativa funcional, analizándolo en todas sus fases y recursos impugnatorios con los que se dio por concluida o agotada la vía administrativa.

Luego se tomará como ejemplo la judicialización de este procedimiento sancionador iniciado por uno de los administrados, el cual va a pretender que el Poder Judicial tenga otro criterio interpretativo de las normas sustantivas de carácter administrativo, buscando la nulidad de las resoluciones administrativas de sanción.

Sin embargo el administrado debe recurrir a una segunda instancia por no haber obtenido la nulidad de la sanción, hasta pretender casar las resoluciones judiciales que lo inhabilitan por un año para el ejercicio de la función pública.

Revisaremos conceptos y apreciaciones particulares del procedimiento sancionador, el derecho administrativo, el proceso contencioso administrativo, conceptos necesarios a tener en cuenta para aplicarlo en un procedimiento administrativo que repercuten en el ámbito disciplinario, dentro de estos conceptos estarán presentes los principios que recogen las normas de la Contraloría General de la República para ejercer su potestad sancionadora, ya que como es sabido esta potestad sancionadora se ejercer a partir del año 2011 con la dación de la Ley 29622, siendo atribución anteriormente de cada entidad sancionar a sus funcionarios y servidores por faltas graves o muy graves, quedando limitados en la actualidad a aperturar procedimientos administrativos disciplinarios sólo por faltas de carácter leve.

Se expondrán las normas que se vieron expuestas en este expediente, mencionando los artículos más importantes de cada una de ellas, siendo subrayadas las palabras claves en cada caso.

En un tercer capítulo tenemos el marco teórico, fundamental para conocer conceptos nuevos y muy específicos.

Finalmente se presentarán las conclusiones y recomendaciones con la finalidad de que se pueda tener en consideración que posibles mejoras se podrían realizar dentro del ejercicio del Control Gubernamental, ya que sólo se limita a fiscalizar y sancionar y no brindar alternativas de cómo se debe o debió proceder para no incurrir en faltas administrativas o cómo se debe gestionar de mejor manera, como ellos lo señalan, así mismo el Poder Judicial debería resolver no necesariamente en contra de los fallos administrativos sancionadores pero si diciendo algo más novedoso que lo fundamentado en la vía administrativa, lo que no sucedió en el caso en concreto.

LA AUTORA



## CAPÍTULO I

### PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

#### 1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Este procedimiento administrativo sancionador se origina a raíz del Informe de Control N° 280-2013-CG/CRS de fecha 14 de junio del 2013, denominado “Procesos de Contratación de Bienes y Servicios y Manejo de Fondos Públicos” y con fecha 06 de enero del 2014 se da inicio al procedimiento administrativo sancionador en contra de funcionarios de la Municipalidad Distrital de Jose Luis Bustamante y Rivero, por la presunta comisión de infracciones graves y muy graves.

##### 1.1. Administrados implicados y faltas imputadas

###### 1.1.1. José Alberto Franco Casas

Por la presunta comisión de la falta contenida en el literal a) del artículo 46 de la Ley, especificada en los literales i) y k) del artículo 6 del reglamento:

- i) *Hacer declaración falsa acerca de medición o valoración en obras, adquisición de bienes o de cualquier otro servicio o prestación a cargo del Estado, o acerca de cantidad, peso, medida, calidad o características de mercancías o bienes suministrados a cualquiera de las entidades, generando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.*<sup>2</sup>

*k) Usar los recursos públicos sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir de cualquier forma para su aplicación irregular, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como grave. Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave.<sup>2</sup>*

**1.1.2. Walter Natham Jaime Dongo Chávez, Edgardo Bernejo Lopez, Pablo Isidoro Alcca Lazo Y Dilia Hildauro Urquiza Valdivia**

Por la presunta comisión de la falta contenida en el literal a) del artículo 46 de la Ley, especificada en los literales c) y k) del artículo 6 del reglamento:

“c) Incumplir las disposiciones que regulan el régimen de ingresos, remuneraciones, dietas o beneficios de cualquier índole de los funcionarios y servidores públicos. Esta infracción es considerada como grave”.<sup>2</sup>

**1.1.3. Jorge Luis Reyes Lujan, Rodolfo Alberto Teran Rivas Y Nelda Luz Guerra Serra**

Por la presunta comisión contenida en el literal a) del artículo 46 de la Ley, especificada en el literal k) del artículo 6 del reglamento.

**1.1.4. Edgar Jesus Zegarra Obando**

Por la presunta comisión de la falta contenida en el literal a) del artículo 46 de la Ley, especificada en el literal c) del artículo 6 del reglamento:

**1.2. Hechos**

**HECHO 01 PAGO IRREGULAR DE SERVICIOS CONTRATADOS MEDIANTE LA ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTIA N° 024-2011-MDJLBYR, CUYA PRESTACIÓN EFECTIVA NO SE ACREDITÓ**

**Respecto de José Alberto Franco Casas.-** En su condición de Gerente de Servicios a la Ciudad, responsable del área usuaria del servicio contratado, por haber emitido informes de conformidad respecto de un servicio prestado a tres centros recreacionales, sin que el proveedor Emilio Arenas Cucalón, contratado en mérito a la Adjudicación de Menor Cuantía 024-2011, acredite el cumplimiento efectivo del servicio, habiendo causado un perjuicio económico al Estado de S/. 20 300.00 Soles, facilitando a que se proceda a su pago, el servicio consistía, en la coordinación y repotenciamiento de tres centros recreacionales.

Infringiendo de esta manera el artículo 47 y 49 de la Ley de Contrataciones:

#### **Artículo 47 Supervisión**

*La entidad supervisará directamente o a través de terceros, todo el proceso de ejecución para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias.*

*En virtud de ese derecho de supervisión la entidad tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas.*

*El hecho que la entidad no supervise los procesos, no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.<sup>3</sup>*

#### **Artículo 49 Cumplimiento de lo Pactado**

Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774 del código civil.<sup>3</sup>

Así mismo se le imputó haber infringido el ROF de su entidad así como el artículo 149 de la Ley N° 27972:

Los alcaldes y regidores, así como los funcionarios y servidores de los gobiernos locales, están prohibidos de ejercer actividades inherentes a su cargo con el objeto de obtener ventajas de cualquier orden. Asimismo, están obligados a actuar imparcialmente y a no dar trato preferencial de naturaleza alguna a ninguna persona natural o jurídica. Los alcaldes y regidores presentarán, bajo responsabilidad, su declaración jurada de bienes y rentas, conforme a ley<sup>12</sup>.

#### **Respecto de Walter Jaime Dongo Chávez**

En su condición de Gerente de Administración, al emitir proveídos de continuidad de trámite a los informes de conformidad de los servicios por la Gerencia de Servicios a la Ciudad, respecto a los servicios de coordinación para el

repotenciamiento de tres centros recreacionales, posibilitando con su conducta que se efectúe el pago.

Descargo presentado por los administrados:

#### **Respecto de José Franco Casas**

Indica que él ha efectuado la verificación personal y física de la documentación y el cumplimiento de lo contratado, que respecto de la revisión de aspectos administrativos, se cumple con los términos de referencia, ya que el perfil que fue elaborado por el contratista fue admitido por la propia Contraloría, y que además todos los otros procedimientos si se han llevado a cabo, por ello es que él firma la conformidad, señala que si hay documentos que no fueron registrados por el sistema de trámite documentario es porque al ser un servicio de apoyo de gestión, estos se entregaban de forma directa y personal en reuniones semanales.

#### **Respecto de Walter Dongo Chávez**

Se basa en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de contrataciones, ya que este no sólo se refiere a la responsabilidad del órgano de administración, sino también al órgano establecido en las bases, sin perjuicio de lo que disponga en las normas internas de la organización, señalando que era el Gerente de servicios al Ciudadano quien debió verificar el cumplimiento del servicio, que procedió con el pago por advertir la existencia de la conformidad. Que él ha cumplido con la fase de ejecución de ingresos y gastos, ejecutando el presupuesto de la municipalidad.

#### **De los hechos acreditados según el Órgano Sancionador:**

Respecto a los términos en que correspondía ser efectuado el servicio de coordinación para el repotenciamiento, según el órgano sancionador, estos no se habrían llevado a cabo.

Respecto de la ejecución del servicio de repotenciamiento de los centros recreacionales, señala que el contratista se limitó a presentar informes de periodicidad mensual al Gerente de Servicios a la Ciudad, sin adjuntar documentos que efectivamente se dieran a conocer que se estaban desarrollando todas las actividades que se describan en dichos informes mensuales, además que existe la Carta N° 225-2012 indicando "...no se presentó documentación alguna"

que fue emitida por el propio Gerente de Servicios a la Ciudad, además el Gerente de Planeamiento y Presupuesto informó mediante Oficio N° 025-2012, no haber recibido informe alguno de carácter financiero o presupuestal relacionado a la prestación del indicado servicio.

Que la metodología de trabajo resultó ser la misma que presentó el contratista cuando era postor y que cuando en la acción de control se visualizó el MOF no se advierte que su autoría le corresponda al contratista ya que no tiene nombre, ni vistos, ni firmas. Aunado a ello los encargados de estos centros recreacionales señalan que nunca se realizaron talleres de capacitación.

Señala además, que el Gerente de Administración Walter Jaime Dongo, no debió proveer al área de contabilidad para que proceda con el pago, al haber sido conocedor de los términos de referencia, por haber integrado el Comité Especial, que no basta con decir que el área usuaria dio la conformidad, ya que como Jefe de Administración le correspondía funcionalmente ejercer el control previo de todas las actividades económicas de la entidad y aún así se pagó S/. 20,300.00 soles.

## **HECHO 02 PAGO IRREGULAR DE BONIFICACIONES Y AGUINALDOS E INCREMENTO DE REMUNERACIONES EN FAVOR DE FUNCIONARIOS Y PERSONAL DE DIRECCIÓN DURANTE LOS PERIÓDOS 2011 Y 2012.**

### **Respecto de Walter Jaime Dongo Chávez**

En su condición de Gerente de Administración desde el 03 de enero del 2011 al 06 de febrero del 2012, se le imputa haber incumplido disposiciones que regulan ingresos, remuneraciones y beneficios de cualquier índole, beneficiando irregularmente de los convenios colectivos de los años 2011 – 2012 para los funcionarios de confianza ocasionando un perjuicio económico de S/. 398 333,16 soles.

Por ejemplo entre abril y diciembre del 2011 el administrado emitió proveídos a los informes de la Sub Gerencia de Personal, en las que se le remitía la planilla las cuales contenían incrementos remunerativos por costo de vida de S/. 130.00 soles, así como una bonificación mensual permanente de S/. 190.00 soles, dando pase a la Gerencia de Contabilidad y rubricando los comprobantes de pago.

En los meses de abril y junio también emitió el proveído dando pase a la Gerencia de Contabilidad, conteniendo el pago de un bono de productividad derivado del 30 % de los ingresos propios recaudados por la entidad, proveídos para el pago de aguinaldo por fiestas patrias por el equivalente a una remuneración mensual, además una bonificación por el día del trabajador municipal, ascendente a S/. 600.00 soles y el proveído por el pago del aguinaldo por navidad.

En el periodo 2012 las remuneraciones del mes de enero contenían un incremento de S/. 200.00 soles por costo de vida y una bonificación mensual permanente de S/. 190.00 soles, generando un perjuicio económico de S/. 146 824,93 soles.

Por tales hechos se le imputó haber infringido el numeral 55.1 del artículo 55 y la quinta disposición transitoria numerales 1,2,3 de la Ley N° 28411;numerales 6.1 del artículo 6, así como el literal a) del numeral 7.1 del artículo 7 y la única disposición complementaria derogatoria de la Ley 29626, haber infringido el artículo 15 del ROF en su literal a) y lo concordante con el literal b) del MOF, así como el artículo 149 de la Ley 27972 y el literal b) artículo 21 del Decreto Legislativo 276.

#### **Respecto de Rodolfo Terán Rivas**

En su condición de Gerente de Planeamiento y Presupuesto, siendo su gestión del 03 de enero del 2011 al 07 de junio del 2013, al haber influenciado irregularmente emitiendo informes, en los cuales pone de conocimiento del Gerente de Administración a cuanto ascendía el monto del 30%, haciendo referencia al Convenio Colectivo del año 2010, dando cuenta al Gerente Municipal de la existencia de saldos de balance de S/. 70, 000,00 soles para el pago de bono de productividad indicando que “se tiene previsto asignación presupuestaria para el pago del compromiso devengado por comisión paritaria, correspondiente al Ejercicio 2011, por esta razón se otorga certificación presupuestal por S/. 204,000.00”, refiriéndose al indicado bono de productividad. Además emite informe indicando al Gerente Municipal haber efectuado las gestiones para el PAP 2012, elaborado por la Subgerencia de Personal para que sea considerado dentro del PIA 2012 sirviendo de sustento para la emisión de la Resolución de Alcaldía 749-2011, la cual consideró un incremento remunerativo de S/. 200.00 en favor de funcionarios de la entidad. Incumpliendo normas presupuestales

causando un perjuicio económico de S/. 186,072,56. Por lo tanto se considera haber infringido el numeral 55.1 del artículo 55 y la Quinta Disposición Transitoria, numerales 1,2,3 de la Ley N° 28411;numerales 6.1 del artículo 6 así como el literal a) del numeral 7.1 del artículo 7 y la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley 29626.

Además haber infringido el artículo 29 del ROF en su literal a) y lo concordante con el literal f) y J) del MOF, así como el artículo 149 de la Ley 27972 y el literal b) artículo 21 del Decreto Legislativo 276.

### **Respecto de Pablo Isidoro Alca Lazo**

En su condición de Subgerente de Personal desde el 23 de marzo del 2011 al 08 de junio del 2011, se le imputa haber incumplido las disposiciones que regulan el régimen de ingresos, remuneraciones y beneficios, de cualquier índole beneficiando irregularmente del convenio colectivo para el año 2011, causando un perjuicio al Estado de S/. 48, 233,80.00 Soles, al respecto el administrado suscribió planillas de remuneraciones de funcionarios y personal de dirección que contenían un incremento remunerativo de S/. 130.00 por concepto de costo de vida, así como una bonificación mensual permanente de S/. 190.00 soles, del mismo modo en abril del 2011 suscribió planillas que contenían un pago de bono de productividad derivado del 30 %, elaborando informes dirigidos a la Sub Gerencia de Administración.

Así mismo se le imputa en su calidad de Gerente de Asesoría Legal, cuya gestión se llevó a cabo del 03 de enero del 2011 al 28 de octubre del 2011, haber rubricado en señal de conformidad resoluciones de alcaldía, en las que se dispuso otorgar un aguinaldo por fiestas patrias ascendente a una remuneración mensual y otra de bonificación del día del trabajador ascendente a S/. 600.00 soles, provocando un perjuicio económico para el Estado de S/. 82,220.32 soles, infringiendo normas presupuestales, ROF, MOF, el artículo 149 de la Ley 27972 y el literal b) del artículo 21 el Decreto Legislativo 276.

### **Respecto de Dilia Urquizo Valdivia**

En su condición de Sub Gerente de Personal, cuya gestión se realizó del 09 de junio del 2011 al 01 de junio del 2012, beneficiando irregularmente de los convenios colectivos para los años 2011 y 2012, ocasionando un perjuicio

económico para la entidad de S/. 426, 464,23, señalando que entre junio y diciembre del 2011, la administrada suscribió planillas de remuneraciones las cuales, contenían incrementos remunerativos ascendentes a S/. 130.00 Soles por costo de vida, una bonificación mensual de 190 soles, del mismo modo suscribió planillas que contienen el aguinaldo por fiestas patrias por una remuneración mensual, aguinaldo por navidad y una bonificación por el día del trabajador de S/. 600.00 soles y en el mes de junio un bono de productividad derivado del 30 % de los ingresos propios, además elaboró informes para remitir las indicadas planillas a la Sub Gerencia de Administración, para continuar con el pago.

Así mismo en el año 2012 entre enero y abril, suscribió planilla de remuneraciones de funcionarios que contenían un incremento de S/. 200.00 Soles por concepto de costo de vida, así como una bonificación mensual permanente ascendente a S/.190.00 soles, bonificación por escolaridad, por un importe equivalente a una remuneración mensual, en el mes de enero y un bono de productividad del 30 % de los ingresos propios recaudados por la entidad, así mismo se le encuentra responsabilidad, por haber remitido el PAP 2012, el cual contenía un incremento en el aumento de las remuneraciones por un importe ascendente a S/. 200.00 soles, contraviniendo normas presupuestales y normas de la propia entidad.

### **Respecto de Edgar Zegarra Obando**

En su condición de Subgerente de Personal en su periodo de gestión del 01 de junio del 2012 al 07 de junio del 2013, se le imputó haber incumplido las disposiciones que regulan el régimen de ingresos y remuneraciones beneficiando irregularmente del convenio colectivo 2012, ocasionando un perjuicio de S/. 326 367,29 Soles.

Se le imputó que entre los meses de junio y diciembre del 2012, suscribió planilla de remuneraciones las que incluían un incremento de remuneraciones de S/. 200.00 soles por costo de vida, así como una bonificación mensual permanente de S/. 190.00 soles, además suscribió planillas que contenían el pago de aguinaldo por fiestas patrias de una remuneración mensual, una bonificación por el día del trabajador de S/.700.00 soles en el mes de noviembre, aguinaldo por navidad por una remuneración mensual y un bono de productividad del 30% de los ingresos recaudados, además se elaboraron planillas para la continuidad del trámite

respectivo, por esta razón se ha vulnerado normas presupuestales e internas de la entidad.

### **Respecto de la administrada Nelda Luz Guerra Serra**

En su condición de Gerente de Asesoría Legal, en el periodo de gestión del 09 de noviembre del 2011 al 07 de junio del 2013, al haber rubricado en señal de conformidad resoluciones de alcaldía, mediante las cuales se dispuso otorgar aguinaldo por navidad por un importe de una remuneración mensual, otorgar una bonificación por escolaridad también por una remuneración mensual, otorgar por fiestas patrias una remuneración mensual y un monto de S/. 700.00 soles por el día del trabajador municipal, ocasionando un perjuicio económico de S/ 322,927.40.

Así mismo emitió dos informes con el mismo número pero en diferente sentido en el primero señalando “que se solicite a la Sub Gerencia de Personal que informe sobre el criterio legal de las negociaciones colectivas de los últimos diez años”, mientras que el otro refirió que el otorgamiento de incrementos remunerativos se encuentra protegido legalmente y por tanto resultan procedentes, sin tomar en consideración, las restricciones presupuestales para el incremento de remuneraciones del sector público. Por ende se habrían vulnerado normas presupuestarias y normas internas de la entidad.

### **De los descargos presentados por los administrados:**

#### **Walter Jaime Dongo:**

Alega que el informe es bastante sesgado, sin que se haya analizado cada uno de los casos que se presentan en la municipalidad, además indica que la Autoridad Nacional del Servicio Civil- SERVIR, no tiene competencia para constituirse como una instancia previa a la labor que le corresponde a los órganos de control ya que sus informes son genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos y además manifiesta que no existe para el ámbito de la carrera administrativa, que sí existe disposición que define el alcance de los convenios colectivos.

Además señala que la Comisión Auditora está cometiendo un acto discriminatorio vulnerando además el artículo 26 inciso 2 de la Constitución Política, así como el artículo 121 del Decreto Supremo 005 -90-PCM.

Que afecta los criterios del Tribunal Constitucional referidos a la no discriminación en materia laboral y que la rebaja de categoría y de sueldos, son hechos que no pueden ser tolerados por nuestro ordenamiento y que contradice lo indicado en la Casación Laboral N° 4473-2009 referida a la costumbre laboral, la cual señala que el comportamiento repetitivo de dos años continuos constituye una costumbre, que inicialmente fue establecida para el pago de gratificaciones y posteriormente ha sido extendida para otros beneficios.

Que se vulnera el principio de legalidad, ya que no existe norma prohibitiva que impida la percepción de los acuerdos del pacto colectivo a los funcionarios de confianza en el sector público, ni existe norma que delimite los alcances del pacto colectivo, que no se está teniendo en cuenta la autonomía de los Gobiernos Locales, recogida en el artículo 194 de la Constitución, ni lo promulgado en el artículo 28, de la Carta Magna, que señala que la Negociación Colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

**Jorge Luis Reyes Lujan**

No presentó descargo alguno.

**Rodolfo Alberto Terán Rivas**

Sostiene que no existe una indebida aprobación y pago de bonificaciones, gratificaciones e incremento de remuneraciones ya que se ha observado el procedimiento establecido en la normativa de negociación colectiva, reconocido en el artículo 28 de la Constitución y el Decreto Supremo N° 070-85-PCM y la Ley N° 28411, así como los artículos 2,43 y 54 del Decreto Legislativo 276, no habiéndose afectado recursos económicos destinados a otros fines, pues se contaba con disponibilidad presupuestal para aprobar y ejecutar pagos.

Que como la jurisprudencia señala no existe exclusión normativa expresa que delimite el goce y disfrute de las bonificaciones, gratificaciones, que se actuó dentro del principio de la autonomía municipal y bajo la observancia del principio de veracidad.

Además el administrado señala en su defensa, que eran procedimientos que se venían siguiendo en la entidad donde ya se reconocía beneficios a funcionarios y personal de confianza.

**Pablo Alcca Lazo**

Señala que el ejercicio de la potestad sancionadora requiere de un procedimiento establecido con garantías suficientes ya que es la propia administración que va actuar como órgano instructor y sancionador a la vez, resaltando los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción. Invoca el principio de legalidad que debe preceder a la conducta sancionable, verificándose que en la resolución materia de descargo se ha expuesto como conducta infractora, la infracción muy grave prevista en el literal c) y k) del artículo 6 del reglamento, sin embargo no se precisa en qué consiste la conducta de “usar” los recursos públicos limitándose a señalar que el recurrente como Gerente de Asesoría Legal ha “influenciado” en la aplicación irregular de los recursos de la entidad y luego precisa que se ha incumplido las normas que regulan el modo y forma de su otorgamiento, provocando un gasto irregular, sin considerar que la negociación colectiva plasmada y suscrita en el acta final de comisión paritaria para el año 2010 posee validez y eficacia pues no ha sido impugnada judicial o administrativamente, por lo que previamente se debió cuestionar este acto administrativo que contiene la negociación colectiva del 2010.

Por el principio de tipicidad quedan proscritas las cláusulas generales o indeterminadas, señalando que la resolución cuenta con conceptos jurídicos indeterminados como: “usar recursos públicos sin la estricta observancia de las normas pertinentes o influir para su aplicación irregular, ocasionando un perjuicio económico al Estado” entonces no se ha precisado si el recurrente ha usado o influenciado o si se trata de ambas conductas.

Además que ha existido una afectación al derecho constitucional del debido proceso vulnerando los principios de proporcionalidad y razonabilidad, ya que no hay correlación entre la infracción cometida y la sanción impuesta, que la razonabilidad excluye la arbitrariedad, al haber inobservado los derechos de carácter laboral, entre ellos el derecho a la remuneración como derecho fundamental, así como el derecho a la sindicalización y negociación colectiva.

Cita el artículo 28 de la Constitución como el Decreto Supremo 070-85-PCM el cual señala que no se puede limitar el derecho de sindicalización de los funcionarios de un Gobierno Local, que además les alcanza los pactos colectivos

suscritos por la Municipalidad, con el sindicato de los servidores públicos, por el periodo presupuestal 2010 y 2011, ya que en el pacto colectivo no se ha acordado formalmente su exclusión.

Argumenta que el artículo 43 literal d) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala, que un convenio colectivo continua rigiendo mientras no sea modificado por otro posterior y que además el Convenio 151 de la OIT establece: “ El presente convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no le sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales de trabajo” (Convenio 151, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO).

Consecuentemente un funcionario del Estado y los que desempeñan cargos de confianza, no están limitados en su derecho a sindicalización y por tanto les alcanza los pactos colectivos suscritos por la entidad.

Que la Ley N° 28212 señala los topes remunerativos para las principales autoridades del Estado, norma que permite el otorgamiento de incrementos remunerativos, no distinguiendo si tales incrementos tienen origen en el convenio colectivo o por decisión unilateral de la empresa.

#### **DILIA URQUIZO VALDIVIA**

Presenta los mismos argumentos expuestos por el señor Isidoro Alcca Lazo.

#### **EDGAR ZEGARRA OBANDO**

Sostiene que el pago de incrementos remunerativos por costo de vida 2012, se efectuó a través del PAP (Presupuesto de Asignación de Personal) 2012, aprobado por resolución de alcaldía, y que para la elaboración y aprobación del mismo, él no había intervenido, que asumió el cargo de Sub Gerente de Personal en junio del 2012 cuando ya se habían pagado 05 meses de estas remuneraciones, correspondiendo según el ROF Y MOF a la Gerencia de Administración autorizar el pago de remuneraciones y que en todo caso, si no se le aperturó proceso disciplinario a la Sub Gerencia de Contabilidad y Tesorería, que son también sub gerencias que cumplen ordenes de igual forma corresponde absolverlo.

Que además no existe ninguna norma que prohíba a los funcionarios públicos percibir los derechos y los beneficios económicos otorgados a los demás

trabajadores sindicalizados. Señala además que la Contraloría General de la República en el año 2010 fue exonerada de la prohibición de incrementos y remuneraciones, es por ello que se aumentó en un 200 % la remuneración del Contralor, cuando se señalaba que no se pueden exceder de los topes establecidos en la Ley 28112, precisada por el Decreto de Urgencia N° 038-2005.

Que debe tenerse en consideración el Principio de la Obediencia Debida que se rige al superior jerárquico y en ciertas circunstancias exime de responsabilidad de los hechos.

Que al elaborar las planillas no significa que hayan autorizado u ordenado el pago, que los derechos otorgados vienen favoreciendo a los trabajadores desde hace 10 años, por lo tanto son derechos adquiridos.

### **NELDA LUZ GUERRA SERRA**

La administrada señala que en el año 2010 mediante Resolución de Alcaldía, se aprobó el acta final del pliego de peticiones laborales para el año 2011 y que antes de asumir el cargo se venía realizando la negociación colectiva, bajo los mismos conceptos, forma y fundamentos que hoy son materia de observación.

Que el incremento general por costo de vida que se aprueba para el año 2011, es de cien nuevos soles y para el 2012 de doscientos, por debajo del nivel funcional y de responsabilidad que se tiene frente a la Gestión Municipal, que el hecho de haber rubricado no quiere decir haber dado la conformidad, sino que ello obedece al trámite administrativo y que antes ha pasado por otros filtros y análisis como por la Gerencia de Presupuesto, el cual no señaló contravención presupuestal alguna.

### **De los hechos acreditados según el Órgano Sancionador:**

Sobre la participación de los administrados en la aprobación y ejecución del pago de incrementos remunerativos, en donde se ha evidenciado que en la planilla de remuneraciones de abril a diciembre del 2011 fueron suscritas por pablo Alcca Lazo y Dilia Urquiza de junio a diciembre, así mismo que Walter Dongo emitió proveídos a dichas planillas, disponiendo su pase al área de contabilidad.

Se está acreditando que con las resoluciones de alcaldía se otorgó los aguinaldos por fiestas patrias y navidad del 2011, así como una bonificación por el día del

trabajador municipal que finalmente influyeron en el pago irregular de beneficios en favor de funcionarios y personal de dirección.

Se ha acreditado que las planillas de remuneraciones de abril y junio del 2011, fueron modificadas, a favor de funcionarios y personal de dirección las cuales, fueron suscritas por Pablo Alcca Lazo y siendo Jaime Dongo Chávez quien emitió proveídos como Gerente de Administración.

En lo que respecta al periodo 2012 está acreditado que Dilia Urquizo Valdivia, Sub Gerente de Personal, elaboró el PAP 2012 incluyendo incrementos remunerativos por concepto de costo de vida.

Está acreditado que Rodolfo Terán Rivas como Gerente de Planificación, indicó haber efectuado coordinaciones para la inclusión del PAP 2012, de un incremento remunerativo por concepto de costo de vida y que Walter Dongo Chávez, en ese entonces Gerente Municipal elaboró un informe remitiendo al alcalde los informes elaborados por la Gerencia de Asesoría Legal y Gerencia de Planificación y Presupuesto.

Se ha acreditado que la planilla de remuneraciones del año 2012, fueron suscritas por Dilia Urquizo y Edgar Jesús Zegarra Obando en su condición de Sub Gerentes de Personal y que el administrado Walter Jaime Dongo, emitió proveídos del mes de enero disponiendo el pase de las planillas de dicho mes al área de contabilidad.

Debe señalarse que no obra rúbrica en señal de conformidad en la resolución de alcaldía, mediante la cual se aprobó el PAP del 2012, sin embargo se ha verificado que dicho documento no cuenta con su rúbrica.

#### **Respecto del Alcance de las Negociaciones Colectivas:**

El órgano sancionador señala que se está cuestionando la inobservancia de las leyes de presupuesto de los años 2011 y 2012, ya que el derecho de negociación colectiva, ostenta límites, ya que como cualquier otro derecho no es absoluto y la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público y a tenor del artículo 77 y 78 de la Constitución, se debe tener en cuenta que el presupuesto se asigna equitativamente y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado, debiendo cumplirse en todo ámbito las limitaciones presupuestales.

### **Respecto del goce de la negociación colectiva de los funcionarios de confianza y con poder de decisión.**

Se basa en la prohibición expresa de los derechos de sindicalización y huelga establecido en el artículo 42 de la Constitución, de igual manera el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 003-82-PCM, prohíbe la sindicalización a los funcionarios del Estado con poder de decisión o cargo de confianza.

Así mismo el artículo 4 del Decreto Supremo N° 070-85-PCM establece que los trabajadores de los Gobiernos Locales, que no adopten el régimen de negociación bilateral, percibirán incrementos con carácter general que otorgue el Gobierno Central a los trabajadores del sector público, que el Decreto Supremo 003-82-PCM, regula la petición colectiva y el Decreto Supremo 070-85-PCM, regula el procedimiento para la negociación bilateral para la determinación de las remuneraciones por costo de vida y condiciones de trabajo de los servidores públicos de los Gobiernos Locales.

### **Respecto de la autonomía municipal y las limitaciones o restricciones de tipo presupuestario aplicables a los gobiernos locales**

Que el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0027-2007-PI/TC, ha establecido en su Fundamento 8 que la capacidad de autogobierno de los gobiernos locales debe desarrollarse de conformidad con la estructura general de la cual en todo momento se forma parte y que está representada por el Estado y que dicha autonomía debe ser ejercida dentro del marco constitucional y legal.<sup>16</sup>

Entonces que lo alegado respecto a la autonomía municipal y sobre la disponibilidad presupuestaria y que las limitaciones de tipo presupuestal no pueden ser absolutas, no resulta aplicable para el Órgano Sancionador, ya que declara que la administración financiera del Estado se rige por el Presupuesto General de la República.

### **Respecto a la vulneración al principio de imparcialidad**

Señala el Órgano Sancionador que la Ley 29622 expresamente diferencia, las autoridades del procedimiento sancionador, que se encuentra a cargo de dos órganos distintos como es el Órgano Instructor y el Órgano Sancionador y cuenta además con una segunda instancia, que está conformado por el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, que es un órgano colegiado, con

independencia técnica y funcional, tal como lo establece el artículo 48 del Reglamento.

### **Respecto de la vulneración de los principios de legalidad, tipicidad, motivación, razonabilidad y proporcionalidad**

Con relación al principio de legalidad y tipicidad sólo se remite a indicar que están contemplados en los numerales 5.3.13 y 5.3.14 de la Directiva y sobre este último principio indica que se ha especificado que es por la acción específica de influir con su conducta en la aplicación irregular de los recursos públicos y que eso ha sido identificado en los pliegos de cargos en que han consistido las conductas constitutivas de tal infracción.

Sobre la debida motivación se indica que han sido adecuadamente expuestas las consideraciones de carácter fáctico y normativo y finalmente con relación al principio de proporcionalidad señala únicamente que no se ha vulnerado dicho principio.

### **Respecto del tratamiento de los derechos adquiridos**

El Órgano Sancionador señala que no se discute la legalidad o permanencia de los derechos adquiridos ya que no es de competencia de la Contraloría, pero si hay un cuestionamiento a la inobservancia de los administrados de las leyes de presupuesto de los años 2011 y 2012 y sobre que los incrementos mencionados están por debajo del nivel funcional, reiteran que los incrementos obtenidos mediante convenio colectivo, no alcanzan a los funcionarios de confianza o de dirección.

### **Respecto del perjuicio económico ocasionado por los administrados**

Indica que se ha causado un perjuicio de S/. 868 369.39 Soles, monto que no correspondía ser desembolsado, toda vez que contravienen las normas presupuestales del año 2011 y 2012.

Todo estas conductas y propuestas de sanciones, se han establecido en un informe de control, que a mi criterio no debería de considerarse un acto de administración interna, porque sí va a tener consecuencias más allá de la entidad, es decir más allá de la Contraloría General de la República, ya que causa impacto a un administrado que no forma parte del ente rector.

Con un informe de control no se está ordenando internamente a la entidad, en este caso a la Contraloría General de la República, no está haciendo funcionar sus actividades o servicios tal como lo establece la Ley General de Procedimientos Administrativos Ley 27444, por lo tanto no tendría esa naturaleza de ser un acto de administración interna.

### **Respecto del deber de obediencia de los administrados**

Señala que conforme al Fundamento 10 de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2446-2003-AA/TC, no cabe aceptar la existencia de deberes que resulten contrarios a los fines constitucionalmente legítimos, por tanto son en mayor o menor gravedad tan responsable quien exige el cumplimiento de una orden ilícita como de quien la acata.

Que tampoco resulta amparable que se exima de responsabilidad al administrado que indica que únicamente dio continuidad al trámite de pago de planillas ya que este pago se venía realizando de meses anteriores, dado que asumir el cargo en mención, debió haber adoptado acciones inmediatas para evitar que se continúe con dicha irregularidad, a mi modo de analizar este expediente sancionador considero que el Órgano Sancionador, debería indicar que acciones debió tomar dicho funcionario, a modo de dejar una enseñanza si es que eso se pretende hacer mediante el informe o estas acciones de control y así evitar que otros funcionarios cometan los mismos errores.

### **Respecto de la responsabilidad de otras Sub Gerencias**

El órgano sancionador cita una resolución del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, en la cual tiene como fundamento que la responsabilidad administrativa funcional en la que incurren los servidores públicos es personal, por lo que las acciones que se efectúen o no para determinar la responsabilidad de terceros no condicionan, aquella que se realicen para establecer si el administrado es responsable de los hechos que se le imputan, lo cual a mi criterio me parece un fundamento arbitrario y en este caso considero que si tiene sentido lo alegado por los administrados.

**De la ponderación de los criterios de graduación de la sanción a imponerse**

En el caso de la reincidencia y reiterancia, ninguno de los administrados cuenta con sanciones inscritas en Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido.

Sobre las circunstancias en las que se comete la falta en todos los casos se sustenta con la condición o cargo en las que se cometen las presuntas infracciones, mas no redacta circunstancias diferentes a las propuestas en los hechos.

Sobre el grado de participación de los hechos imputados, a todos los administrados se les atribuye una participación directa y determinante.

**Concurrencia de infracciones:**

En el caso de algunos administrados si se han producido concurso de infracciones y en el de otros no, en el caso de los primeros se aplica la sanción de la falta que reviste mayor gravedad.

**Efectos que produce la infracción o perjuicio causado:**

Respecto del Hecho 01 se ocasionó un perjuicio económico por el importe de S/. 20,300.00, siendo un monto que no debió considerarse, dado que si el Órgano Sancionador señala que no se llevó a cabo la totalidad del servicio en los tres centros recreacionales, no podría considerarse el valor total del servicio, como perjuicio ya que este debe ser menor, porque el mismo Órgano Sancionador admite que se lleva el servicio de manera parcial según la narración de los hechos.

Respecto del Hecho 02, los montos del perjuicio causado difieren dependiendo de cada administrado, tomando en cuenta el momento en que cada uno de ellos asume el cargo o desde el momento en que se producen dichos incrementos.

**Gravedad de la infracción considerando el daño al interés jurídico o bien jurídico protegido:**

En el caso del Hecho 01 donde se le atribuye responsabilidad al señor José Franco Casas, se habría afectado el deber de veracidad y el correcto uso de los recursos públicos, respecto del administrado Walter Jaime Dongo Chávez se ha afectado el deber de salvaguardar el correcto uso de los recursos públicos.

Respecto del Hecho 02, todos los involucrados habrían afectado el principio de legalidad presupuestaria, afirmando el órgano sancionador que no se cumplieron los requisitos legales para el otorgamiento de beneficios económicos, dejando la posibilidad de que se pudieran otorgar beneficios económicos siguiendo un procedimiento establecido en las normas presupuestales, sin indicar precisamente cómo se hubiera llevado a cabo, siendo muy gaseoso el comentario considerando que también se deberían de brindar alternativas, para que no se vuelvan a cometer los mismos errores dentro de las entidades públicas.

Por todo ello el Órgano Sancionador propone, una sanción de 04 años de inhabilitación para el ejercicio de la función pública al señor José Franco casas, a los administrados Walter Dongo Chávez, Jorge Luis Lujan Martínez, Rodolfo Terán Rivas y Pablo Alcca Lazo 03 años de inhabilitación, para Nelda Serra y Dilia Hildaura Urquizo, 02 años de inhabilitación y finalmente a Edgar Zegarra Obando 01 año de inhabilitación.

### **1.3. Resumen y opinión personal de la resolución del órgano sancionador**

En esta primera etapa se exponen las infracciones cometidas por cada uno de los funcionarios públicos, luego vamos a tener el análisis de los hechos materia de sanción siendo el primero el pago irregular de servicios contratados mediante la Adjudicación de Menor Cuantía N° 024-2011-MDJLBYR, cuya prestación efectiva no se acreditó según la comisión auditora.

Aparentemente se habría pagado por servicios que se tenían que llevar a cabo en tres centros recreacionales, emitiéndose conformidades por trabajos que no se realizaron.

En este hecho estaría involucrado el Gerente de Servicios al Ciudadano que a su vez era área usuaria es decir el responsable de dar la conformidad a los servicios prestados en los tres centros recreacionales.

También se le apertura procedimiento sancionador al Jefe de Administración, por haber dado continuidad al pago por este servicio, el sustento es que, es el responsable de velar por el correcto funcionamiento de toda la entidad en su condición de administrador.

Al respecto creo que aquí el Órgano Sancionador emitió una opinión manera arbitraria, teniendo en cuenta además que el Decreto Supremo 023-2011-PCM prevé que la responsabilidad es personal y además por algo la Ley de contrataciones

(Artículo 176 del Reglamento) establece que existe un responsable de dar la conformidad en este caso era el área usuaria, por lo que considero que el Administrador no debió estar involucrado y si procedió al pago era en cumplimiento de sus funciones.

En este caso el Gerente de Servicios al Ciudadano argumenta su defensa reafirmando que dio la conformidad ya que los servicios si se llevaron a cabo en su totalidad y que si faltan documentos y estos no fueron ingresados por trámite documentario, es porque eran entregados personalmente en la reuniones que sostenían con su persona ya que dichas reuniones también formaban parte del servicio.

El segundo hecho fue denominado pago irregular de bonificaciones y aguinaldos e incremento de remuneraciones en favor de funcionarios y personal de dirección durante los periodos 2011 y 2012, en el cual se involucró al Gerente de Administración al cual se le imputa haber infringido normas de carácter presupuestal, ocasionándole un perjuicio económico al Estado de aproximadamente S/. 146 824,93 soles.

Se le atribuye responsabilidad también al Gerente de Presupuesto, a mi criterio de manera errónea ya que él solo cumple con señalar que existen saldos de balance, pero no refiere que está en acuerdo o desacuerdo con que los funcionarios se beneficien con los convenios colectivos.

También serán parte de este procedimiento sancionador los Sub Gerentes de Recursos Humanos por suscribir planillas de remuneraciones de funcionarios y personal de dirección en sus distintos periodos de gestión y en algunos casos se apertura procedimiento sancionador por visar resoluciones de alcaldía, sin mostrar su oposición al contenido de la resolución.

Dentro de estas vizaciones, encontramos las de la Gerencia de Asesoría Jurídica y sobre esto considero que esta área de la Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero debió pronunciarse sobre la legalidad de la aplicación de los decretos supremos que beneficiaban aparentemente a los funcionarios con las negociaciones colectivas.

Sabemos que el convenio colectivo es ley entre las partes y que se debe respetar dichos acuerdos, pero hay algo que debemos tener presente y es que los funcionarios no formaban parte de este convenio, ya que en principio ellos no forman parte de un

sindicato, por lo tanto no cuentan con la titularidad que exige la norma, es por ello que de manera forzada a través de resoluciones de alcaldía, se adhieren a dicho convenio, lo cual dichas resoluciones devienen en nulas y no fueron materia de debate en el proceso sancionador ya que Contraloría no cuenta con dicha competencia.

El Órgano Sancionador va a tomar como referente a la Autoridad Nacional del Servicio Civil SERVIR, pero con Informes Técnicos y Legales posteriores a los hechos. Pero cuando uno de los administrados señala que fue SERVIR el ente rector del Sistema de Recursos Humanos quien admite que sí existía confusión en la aplicación del Decreto Supremo 070-85-PCM y el Decreto Supremo 003-82-PCM, el Órgano Sancionador señala que por interpretación errónea de las entidades públicas no se puede eximir de responsabilidad al administrado, considero que no repara en determinar que no es la interpretación de cualquier entidad pública, sino de la entidad especializada en el Sistema de Recursos Humanos y que muchas entidades toman en cuenta sus opiniones, con mayor razón si son de carácter vinculante.

Cuando se hace referencia a la Costumbre Laboral, no debería considerarse como costumbre aquellos hechos o derechos que son pretendidos al margen de la norma, estas costumbres laborales deben por así decirlo cortarse o dejar de aplicarse si es que se está en contra del interés común, que siempre debe estar por encima del interés particular.

Bajo esta última premisa, podríamos considerar de que un empleado público con cargo directivo o de confianza, si bien al mismo tiempo es trabajador y es válido pretender un trato igualitario con respecto a los demás trabajadores de una entidad pública, debe ponderarse que se estaría dejando de lado esa representación que ha asumido al momento de ser funcionario con ese particular de ser directivo o de confianza.

Es decir tú funcionario con cargo de confianza o con poder decisión no puedes negociar contigo mismo, porque tienes adherido una representación que no la posee cualquier trabajador.

No estoy muy de acuerdo con el perjuicio económico causado al Estado por este incremento remunerativo ya que al momento de comisión de las infracciones estaba en vigencia la Ley 28212 que fijaba topes remunerativos los cuales no fueron

sobrepasados por los incrementos que se cuestionaron en el procedimiento sancionador, es decir el Estado, sus normas te permitían que como funcionario con cargo directivo llegues a un límite en tu remuneración y se entiende que ese tope es respaldado por el Ministerio de Economía y Finanzas el cual también formula las normas presupuestales.

Un argumento esgrimido por los administrados es el hecho de que el Acta Final de la Comisión Paritaria, no fue cuestionada como acto administrativo, por lo tanto gozaba de la validez para que los funcionarios, pudieran adherirse mediante las resoluciones de alcaldía y ser beneficiados con el Convenio Colectivo. Sin embargo este argumento no es pertinente en el entendido de que ellos no formaban parte de dicho acto administrativo, sino eran las resoluciones de alcaldía las que carecían de validez, por contravenir el ordenamiento jurídico.

En el relato de la resolución de sanción se evidencia un conflicto de intereses entre los derechos laborales de los funcionarios y las normas presupuestales.

Me parece válido el argumento del Sub Gerente de Recursos Humanos al señalar que él continuó con pagar los incrementos que ya habían sido aprobados por otros Sub Gerentes de Recursos Humanos, ya que si al ejercer el cargo el suspendía dicho pago se veía expuesto a ser denunciado por los beneficiarios de estos incrementos, para mi criterio este señor no debió estar investigado por este hecho.

El Órgano Sancionador no supo explicar por qué el Contralor General de la República, si pudo incrementar su remuneración en un 200 % siendo funcionario y debiendo tener la misma consideración presupuestal que exigen los auditores de la entidad que preside.

Citar el Principio de la Obediencia Debida, ya no corresponde dentro del nuevo enfoque del procedimiento sancionador y disciplinario, ya que la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley 27444 exige que si no se está de acuerdo con las órdenes del superior jerárquico, se debe manifestar por escrito dicha oposición, de lo contrario la aceptación y el cumplimiento de una orden que es contraria a las leyes y principios no te eximen de responsabilidad funcional.

La negociación colectiva no es un derecho absoluto, como todos los derechos que no lo son, este debe guardar concordancia con las normas presupuestales y este argumento no es sólo para los funcionarios directivos o de confianza, sino para todos

los trabajadores que pretenden ser parte de un convenio colectivo ya que el presupuesto debe ser repartido equitativamente.

Un artículo es determinante para este caso y es el Artículo 2 de la Constitución Política del Perú (1993) que prohíbe la sindicalización a los funcionarios del Estado con poder de decisión o cargo de confianza, dejando de lado el debate de la posible antinomia que existía entre los decretos supremos citados por ambas partes.

El Órgano Sancionador para el caso del Sub Gerente de Recursos Humanos que continuó con el pago de los beneficios que otros ya habían aprobado y pagado, señala que dicho gerente debió adoptar acciones inmediatas, sin referirse cuáles eran esas acciones que debió adoptar sin que a dicho funcionario no le reclamen el cese del pago.

Cuando el Sub Gerente de Recursos Humanos alega que él sólo le daba continuidad al trámite de pago y que para tal caso también debieron formar parte de este proceso el Sub Gerente de Tesorería y el Sub Gerente de Contabilidad, el Órgano Sancionador sólo se limita a señalar que la responsabilidad administrativa funcional es personal y que si se efectúan o no acciones para determinar la responsabilidad de terceros no condiciona a que se inicie acciones sobre los administrados, este argumento no explica porque si se le inicia a algunos administrados el proceso sancionador a otros no.

Finalmente a todos los administrados se les considera responsables estableciéndose la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, siendo diferente en lo concerniente a los años.

#### **1.4. Resolución del tribunal superior de responsabilidades administrativas**

- El administrado Franco Casas alegó en su recurso de apelación lo siguiente:

Precisa que emitió sendos informes de conformidad sobre la base de documentos presentados por el contratista como los Informes N° 001, 002, 003, 004,005 y 010-EFAC, así como sobre la base del Informe de Evaluación económica de enero del 2010 a diciembre del 2011, además señala que el contratista dio capacitación, completando el diagnóstico situacional.

- El administrado Dongo Chávez alegó lo siguiente:
  - Que las responsabilidades del Gerente de Administración, se restringe a lo contemplado en el MOF no requiriéndose información adicional a la del área usuaria.
  - Que no se ha probado la existencia de declaraciones falsas y tampoco cómo se ha influido en la aplicación irregular de los recursos públicos.
  - Que se ha transgredido los principios de Tipicidad, Causalidad y Debido Procedimiento.
  - Que el Informe Legal N° 238-2010-SERVIR/CG-OAJ no tiene carácter vinculante y contraviene el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, en lo que se refiere a la prohibición de restringir derechos por analogía.
  - Que el Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC tiene carácter vinculante y ha admitido los alcances de la negociación colectiva a favor de los funcionarios municipales.
  - Que el Decreto Supremo 070-85-PCM, reconoce a los funcionarios de confianza dentro de los alcances de los pactos colectivos de los Gobiernos Locales.
  - Que ante el vacío normativo sobre el alcance de los convenios colectivos debió interpretarse a favor del trabajador.

Por ello, solicita la nulidad de la resolución de sanción toda vez que se vulneró la Constitución, de conformidad con el artículo 10.1 de la Ley 27444.

Solicita la nulidad del Informe de Control, considerando que no lo elaboraron auditores especialistas.

- Que debe aplicarse el eximente de responsabilidad prevista en el inc g) del artículo 18 del Reglamento.

Los administrados Guerra Serra y Terán Rivas alegaron lo siguiente:

- Solicitan la nulidad por haber vulnerado el principio de tipicidad, ya que no se ha determinado si se les sanciona por usar o influir.
- Que no se ha demostrado como la rúbrica, en el caso del administrado Guerra Serra y los informes del administrado de Terán Rivas influyeron en la aplicación irregular de los recursos, lo cual considero es un argumento que contradice al anterior ya que supuestamente en el recurso de apelación señalan que no les quedó claro si se les sancionaba por usar o por influir.
- Que no existe concordancia entre la parte considerativa y resolutive.
- Los administrados Alcaza Lazo y Urquiza Valdivia señalan:
  - Que se transgredió el principio de debido procedimiento y derecho de defensa.
  - Que la Constitución de 1979, Decreto Legislativo 276 y el Decreto Supremo 070-85-PCM, reconocen la categoría de servidor público incluyendo a todo funcionario , servidor o empleado de las entidades de la administración pública, por lo que los funcionarios que desempeñan cargos de confianza les alcanza los pactos colectivos suscritos por la municipalidad, porque también son servidores públicos.
  - Que si bien SERVIR señala que no existen normas que definen los alcances concretos y prohibiciones de los convenios colectivos, debe hacerse una interpretación a favor del trabajador, conforme al numeral 3 del artículo 26 de la Constitución.
  - Que el Órgano Sancionador desconoce el carácter vinculante que tienen los convenios colectivos, conforme el artículo 28 de la Constitución y que primero se debió cuestionar la validez del acto administrativo que contiene el Acta de Negociación Colectiva del 2011.
  - Que la remuneración es entendida como el íntegro de todo lo que percibe por sus servicios y dicho concepto no debe ser objeto de discriminación o recorte.

- Que el pago de los conceptos observados no afecta el interés general o público ya que se revirtieron en favor de una contraprestación de la fuerza de trabajo.
- Que los aumentos entregados han respetado los límites de la Ley 28212.

El administrado Zegarra Obando alegó lo siguiente:

- Que la infracción contenida en el literal a) del artículo 46 de la Ley 29622 es una clausula abierta al principio de legalidad y taxatividad.
- Que el funcionario de mayor rango de la Contraloría General de la República, se había aumentado el sueldo en más del 200% y que dicha interpretación debe ser para el ámbito municipal, así mismo vuelven a citar que se han adquirido derechos desde hace más de 10 años.

El administrado Reyes Lujan Martínez alegó:

- Los alcances del control constitucionalidad y control de legalidad de los actos de administración, alegando además, los principios de interpretación constitucional y el Principio de Convencionalidad en el Sistema Americano de Derechos Humanos.
- También solicita la nulidad ya que no se le ha notificado con los documentos y pruebas suficientes para determinar la sanción.

#### **Controversia:**

#### **Pago irregular de los servicios contratados mediante adjudicación de menor cuantía**

- *Si se efectuaron declaraciones falsas por parte del señor Franco Casas.*

Señala el Tribunal que el contratista sólo se limitó a presentar informes de periodicidad mensual al Gerente de Servicios de la Ciudad, sin que permita al administrado verificar fehacientemente el cumplimiento del servicio, además que el mismo no ha comprobado haber efectuado las pruebas que permitan corroborar las labores indicadas.

Además el Tribunal advierte que el administrado en su Carta N° 225-2012 dirigida a la Comisión Auditora respecto a los aspectos de carácter administrativo de los

centros recreacionales afirma “no se cuenta con esta información debido a que no se ha presentado documentación alguna” y que en el perfil de diagnóstico situacional sólo se señala el costo de entradas y descripción de cada centro recreacional y de los servicios que brinda.

Que respecto a las capacitaciones que afirma el administrado señala en la Carta N° 225-2012, que no se ha presentado documentación alguna y considera verídica la versión de los trabajadores de los centros recreacionales que indican que no recibieron ningún tipo de capacitación.

Respecto a la elaboración del MOF alcanzado por el administrado a la Comisión Auditora, no se advierte que su autoría corresponda al contratista, máxime si en ninguno de los informes presentados por la contratista hace mención a su presentación.

Respecto al informe de evaluación económica, no se aprecia documento de recepción alguno por parte del área usuaria y además el Gerente de Planeamiento manifiesta no haber recibido información de dicha naturaleza.

Por lo tanto para el colegiado el señor Franco Casas habría emitido declaraciones falsas.

Sobre el contenido del principio de tipicidad el colegiado en anteriores oportunidades había señalado que deben existir tres aspectos concurrentes, que son los siguientes:

- i) La reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la administración.
- ii) La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas.
- iii) La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos.

Del mismo modo en el Fundamento 6.28 de la Resolución N° 023-2014 el Tribunal preciso que “El mandato de tipificación no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes” (Contraloría General de la República, 2014)

En el presente caso la conducta del administrado corresponde a la segunda parte de la norma como influir en cualquier forma en la aplicación irregular de los recursos públicos, entendiéndose por influencia el participar a través de opiniones, sugerencias, recomendaciones, existiendo dos sujetos, de un lado la persona que influye o ejerce la influencia y del otro la persona que toma la decisión en base a una influencia determinante.

Este Tribunal ha definido en anteriores oportunidades que el efecto de la consumación del verbo rector influir debe ser la producción de un perjuicio al Estado.

Respecto del señor Franco Casas, el Órgano Sancionador había indicado que él influyó al haber emitido los informes de conformidad, sin embargo el Tribunal en relación a la comisión de la infracción k) del Art. 6 no se ha configurado dicha infracción, toda vez que la emisión de informes no constituye un supuesto de influencia.

Respecto del señor Dongo Chávez, siendo Gerente de Administración, no se configura la influencia por haber emitido proveídos de continuidad de trámite de pago, por lo tanto tampoco se habría configurado dicha infracción ya que sus proveídos no emiten sugerencia ni recomendaciones.

En consecuencia el Tribunal consideró que venía en innecesario pronunciarse sobre los argumentos expuestos por los señores Franco Casas y Chávez Rosas, en sus recursos de apelación ya que se carece de la tipicidad necesaria para la imposición de una sanción.

Sobre la graduación y proporcionalidad de las sanciones, si bien no se advierte que el administrado Franco Casas hubiese cometido la infracción grave prevista en el literal k) del Art. 6 del Reglamento, no diluye la responsabilidad administrativa funcional correspondiente a la infracción contenida en el Art. 6, Inc. i) del Reglamento, permitiendo al Tribunal advertir una desproporción en la sanción, existiendo elementos suficientes que determinan la necesaria graduación proporcional al administrado Franco Casas, haciendo uso del artículo 57 del reglamento de la Ley 29622 concluyendo que la sanción debe ser 03 años de inhabilitación para el ejercicio de la función pública.

*Si respecto del señor Dongo Chávez, al haber emitido proveído de continuidad de pago constituye un acto de influencia para la aplicación irregular de los recursos públicos.*

Se tiene de lo anterior.

**Pago irregular de bonificaciones y aguinaldos:**

*Si la negociación colectiva en el sector público, específicamente en los Gobiernos Locales, alcanza a los servidores públicos clasificados como funcionarios de confianza.*

El Art. 4 de la Ley Marco del Empleo Público Ley N° 28175 define al funcionario público como aquel que desarrolla funciones de preeminencia política pudiendo ser:

- i) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
- ii) De nombramiento o remoción regulados
- iii) De libre nombramiento y remoción.

Respecto de los empleados de confianza, los define como los que desempeñan cargos de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público, encontrándose en el entorno de quien los asigna o remueve, en ningún caso puede ser mayor al 5 % de los servidores públicos de cada entidad.

Por ello los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad y hacen presente el interés del empleador.

De la revisión del expediente el Tribunal observa que los funcionarios que estaban considerados como de confianza en el CAP de la Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero, fueron beneficiados con los incrementos y además, fueron beneficiados aquellos a los que no se les había designado como tal y dentro de ellos precisamente los funcionarios que están comprendidos dentro del procedimiento sancionador, acogiéndose a los convenios colectivos fijados entre el SITRAMUN de la entidad, durante los años 2011 y 2012. En consecuencia se encuentra acreditado que los beneficiarios tenían la condición de funcionarios de confianza.

Sobre el derecho constitucional de las negociaciones colectivas, son entendidas como cualquier forma de discusión, destinada a lograr un acuerdo sobre las

condiciones de empleo, el numeral 2 del Art. 28 le da a la convención colectiva la fuerza jurídica vinculante en el ámbito de lo concertado.

El Tribunal Constitucional, ha establecido que para ser titular del derecho a la negociación colectiva, existe la condición previa de que los titulares deben ser los sindicatos o los representantes de los trabajadores.

Sobre el alcance de las negociaciones colectivas en los Gobiernos Locales el Art. 28 de la Constitución reconoce expresamente los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva pero no hace lo propio el Art. 42 respecto a la negociación colectiva.

El Art. 1 del Convenio N° 151 de la OIT, precisa que la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el Convenio se aplican a los funcionarios de alto nivel que posean poder decisorio.

El Tribunal determina que los funcionarios de confianza de la Municipalidad de José Luis Bustamante y Rivero, no debieron beneficiarse con los incrementos otorgados.

Sobre si se ha respetado los límites establecidos en la Ley N° 28212, no resulta pertinente pronunciarse según el Tribunal, puesto que ya se ha sustentado el impedimento de percibir beneficios derivados de la negociación colectiva.

Sobre la alegación, de que el Ministerio de Trabajo, mediante Informe N° 07-2012-MTPE/2/14 determinó que los funcionarios de confianza si puede obtener beneficios económicos por medio de la negociación colectiva, no resulta pertinente al caso concreto ya que el informe está referido a trabajadores de la actividad privada.

*Si el Informe Legal N° 238-2010-SERVIR/GC-OAJ y el Informe 523-2014-SERVIR/GPGSC no tienen carácter vinculante.*

Se tiene que el Decreto Legislativo N° 1023 en su Art. 2 establece que todas las entidades de la administración pública comprendidas en el Art. III del Título Preliminar de la Ley Marco del Empleo Público están sujetas a SERVIR como órgano rector, así mismo en este cuerpo normativo el literal h) del Art. 10 establece como funciones de SERVIR la emisión de opinión técnica vinculante.

Así mismo el Tribunal señaló que una parte integrante del Sistema de Gestión de Recursos Humanos, está compuesto por las oficinas de recursos humanos de las entidades públicas que constituyen el nivel descentralizado, siendo las responsables de implementar las normas, principios, métodos y procedimientos, en ese sentido deben tenerse en cuenta.

Sobre la contravención del Art. IV del Título Preliminar del Código Civil, sobre la no restricción de derechos por analogía, el Tribunal determinó que el alcance de las negociaciones colectivas de los funcionarios de confianza son de aplicación directa, los Decretos Supremos 003-82-PCM y 070-85-PCM, por lo que se desvirtúa dicho alegato.

Sobre la no prohibición de las normas presupuestales alegadas por los administrados referida al numeral 2 de la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley 28411 Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, señala lo siguiente: "... la aprobación y reajuste de remuneraciones, bonificaciones, aguinaldos, refrigerio y movilidad de los trabajadores de los Gobiernos Locales, se atienden con cargo a los ingresos corrientes de cada municipalidad", la fijación de estos incrementos deben efectuarse de conformidad con el Decreto Supremo N° 070-85-PCM, el cual indica que no están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza, para que sean beneficiados con los convenios colectivos.

En relación a la autonomía municipal y al incremento de sueldos por parte de los funcionarios de la Contraloría General de la República el Colegiado optó por no pronunciarse al respecto, considerando que no era materia de debate.

*Si se ha vulnerado el principio in dubio pro operario.*

El Tribunal señala que este principio previsto en el numeral 3 del Art. 26 de la Constitución, dentro de las consideraciones que exigió en una oportunidad el Tribunal Constitucional para su aplicación se encuentra aquella en la que se exige la existencia de una norma jurídica, que como consecuencia del proceso de interpretación, ofrezca varios sentidos, es decir cuando la duda recae en una sola norma, no siendo aplicable cuando deba elegirse entre dos o más normas, como pretenden sustentar los administrados.

Sobre la vulneración a los principios e igualdad de oportunidad y no discriminación en materia laboral el Tribunal Constitucional, ha señalado que la igualdad de oportunidades consiste en no generar una diferenciación no razonable y por ende arbitraria y en el caso de la discriminación laboral se produce cuando se afecta al trabajador en sus características innatas, pese a ello el Estado a dictado normas que han sido de aplicación pro el órgano sancionador, sin incurrir en actos discriminatorios ni vulnerando.

Además el Tribunal se pronuncia sobre el argumento que señala, el desconocimiento del carácter vinculante de los convenios colectivos, por lo que previamente se deberá declarar nulo el acto administrativo que contiene el Acta de Negociación Colectiva 2011, siendo este un hecho ajeno a la controversia, ya que esta radica en la inobservancia de leyes de presupuesto de los años 2011 y 2012, por lo tanto ellos niquiera debieron acogerse o formar parte de dicho convenio.

Sobre los derechos adquiridos conforme a los pactos colectivos cebrados el Tribunal Constitucional, ha señalado que la alegación de poseer derechos adquiridos presupone que estos hayan sido adquiridos conforme a Ley, así mismo el inc 2) del art. 26 de la Constitución, advierte el carácter irrenunciable de los derechos que está referido a aquellos que por mandato legal y constitucional le corresponden.

Si bien se imputó al señor Terán Rivas, haber influido en la aplicación irregular de los recursos públicos por emitir un informe desde la Gerencia de Presupuesto, indicando que quedaban saldos de balance para el pago de bono de productividad, al respecto el Tribunal señala que dicho informe no contiene una recomendación a favor de la inclusión de los funcionarios de confianza y por lo tanto corresponde absolver al administrado de este extremo de la imputación.

*Si constituye la causal de eximente de responsabilidad establecida en el inciso e) del art. 18.*

Que según los administrados el error habría sido inducido a raíz de un pronunciamiento de SERVIR, en el cual señala que ha existido confusión en la inaplicación del Decreto Supremo N° 070-85 en cuanto a la existencia de este presunto acto o disposición que causa confusión, se debe tener en cuenta que la

interpretación errónea o actuación irregular de determinadas entidades no convalida el incumplimiento de las disposiciones legales presupuestales y constitucionales.

Sobre este argumento del Tribunal, considero que es un argumento que se puede perder si es que el Tribunal en reiteradas oportunidades en el presente caso ha considerado a la Autoridad Nacional del Servicio Civil SERVIR, como el ente rector del Sistema de Recursos Humanos, pero esta vez decide no tomarlo en cuenta.

*Si la resolución adolece de nulidad*

El Tribunal advirtió que tanto en el Pliego de Cargos, la resolución de inicio y la resolución de sanción han precisado y acreditado el marco legal infringido para los administrados con las infracciones. Por lo tanto se desestima que la resolución de sanción vulneró los principios del debido proceso y defensa, legalidad y taxatividad desestimando estos argumentos.

Sobre la notificación incorrecta, invocada por el administrado Reyes Luján Martínez, el Tribunal advierte que eso no es cierto, dado que se le notificó con todos los documentos y el administrado presentó sus descargos.

*Si corresponde declarar la nulidad del informe de control.*

El Informe de Control constituye un acto de administración interna, por lo tanto es inimpugnable, toda vez que no tiene como consecuencia la conclusión del procedimiento, además es el órgano Instructor quien realiza la evaluación del Informe de Control.

*Si las rúbricas de las resoluciones de alcaldía y los informes emitidos constituyen un acto de influencia para la aplicación irregular de los recursos públicos.*

Sobre este tema el Tribunal ha señalado que el visado de un documento determina la conformidad con el contenido del mismo, sin citar el fundamento legal.

De la revisión de las actas finales de los Convenios Colectivos por parte del Tribunal, señalan que el beneficiario de dichos convenios es el Sindicato de Trabajadores Administrativos de la Municipalidad, no habiendo incluido en los documentos a los funcionarios de confianza que estos fueron incluidos con las resoluciones de alcaldía que están siendo observadas.

Adicionalmente concluyeron que los administrados, sí influyeron con su rúbrica en la aplicación irregular de los recursos públicos, dado que con estas mismas resoluciones rubricadas, se estaban beneficiando ellos mismos con el aumento.

Si bien se ha imputado a la señora Guerra Serra influir a través de dos informes dirigidos al alcalde con distinto contenido, en ninguno de ellos sugiere la inclusión de los funcionarios de confianza para el otorgamiento de las bonificaciones y aguinaldos, por lo que el Tribunal consideró absolver a la administrada.

Por lo tanto el Tribunal resolvió declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por el administrado José Franco Casas en el extremo que le determina responsabilidad administrativa funcional por la comisión de la conducta infractora descrita en el Inc k) del artículo 6 de su reglamento, REVOCAR EN PARTE en el extremo que determina al administrado Franco Casas responsabilidad administrativa funcional por la comisión de la conducta infractora reconocida en el inc k) del Art. 6 del reglamento y en consecuencia ABSOLVER a dicho administrado de los cargos imputados en dicho extremo

Luego declara INFUNDADO respecto de los demás extremos en que el señor Franco Casas presenta su recurso de apelación y en consecuencia CONFIRMA estos extremos, REFORMANDO la resolución imponiéndole 03 años de inhabilitación.

Además declaran INFUNDADOS los recursos de apelación interpuestos por los demás administrados, dejando de pronunciarse sobre la absolución de los anteriores administrados que el tribunal había considerado en su parte considerativa, dando por agotada la vía administrativa.

#### **1.4.1. Análisis y opinión personal de la resolución del tribunal superior**

El Tribunal Superior va a fijar como puntos controvertidos en el Hecho 01 los siguientes:

- 1. Si se efectuaron declaraciones falsas por parte del señor Franco Casas.*
- 2. Si respecto del señor Dongo Chávez al haber emitido proveído de continuidad de pago constituye un acto de influencia para la aplicación irregular de los recursos públicos.*

Respecto del Hecho 02 el Tribunal fija como puntos controvertidos los siguientes:

1. *Si la negociación colectiva en el sector público, específicamente en los gobiernos locales alcanza a los servidores públicos clasificados como funcionarios de confianza.*
2. *Si el Informe Legal N° 238-2010-SERVIR/GC-OAJ y el Informe 523-2014-SERVIR/GPGSC no tienen carácter vinculante.*
3. *Si se ha vulnerado el principio in dubio pro operario.*
4. *Si constituye la causal de eximente de responsabilidad establecida en el inciso e) del art. 18.*
5. *Si la resolución adolece de nulidad*
6. *Si corresponde declarar la nulidad del informe de control.*
7. *Si las rúbricas de las resoluciones de alcaldía y los informes emitidos constituyen un acto de influencia para la aplicación irregular de los recursos públicos*

Para el Tribunal, no se cumplió con la totalidad del Servicio que tenía que brindar el contratista a los tres centros recreacionales, indicando que se presentaron informes mensuales al Gerente del Servicios al Ciudadano, pero que este último no cumplía con verificar si lo contenido en dichos informes realmente se había realizado.

Además el Tribunal advierte que existen sendas cartas que fueron remitidas a la Comisión Auditora, en las cuales él asegura no contar con información de dicho servicio, pero luego cuando se le apertura el proceso sancionador el administrado indica, que sí existe esa información.

El Tribunal determinó, que se presenta un diagnóstico situacional muy vago, que el Gerente de Presupuesto, corrobora esta falta de servicio ya que a sus manos no llegó información financiera de los centros recreacionales.

Agregado a ello el mismo contratista en ninguno de los informes presentados hace mención a la entrega del MOF que luego el Gerente de Servicios al Ciudadano presenta en su defensa, por lo tanto el administrado habría emitido declaraciones falsas.

Señala además, que no se ha vulnerado el principio de tipicidad porque hay una subsunción de los hechos cometidos por los administrados, que encajan en las normas descritas como infracción en este procedimiento.

Como lo estableció el Órgano Sancionador, se está sancionando por influir en el uso irregular de los recursos del Estado, pero bajo estos mismos fundamentos, se debe tener en cuenta que esta influencia debe ser determinante y en el caso del Gerente de Servicios al Ciudadano, sí hay una influencia que determina a que se pague el servicio, sin embargo en el caso del Administrador no hay un influencia que determine que se pague, ya que esta ocurrió en un primer momento con los informes de conformidad. Pero el Tribunal termina concluyendo en ambos casos que la sanción debe ser 03 años de inhabilitación para el ejercicio de la función pública.

Respecto del Hecho 2 al pronunciarse sobre el alcance de la negociación colectiva, señala que los funcionarios públicos con cargos de confianza tienen una mayor responsabilidad en el sentido que deben proteger los intereses del empleador, en este caso del Estado. Además fueron beneficiados funcionarios que ni siquiera tenían esta categoría de cargo de confianza dentro del CAP y dentro de ellos los que fueron sancionados.

Al margen de ello considero que sí era importante pronunciarse sobre los límites remunerativos si es que estos habían sido excedidos o no, lo cual el Tribunal no quiso tomar en consideración al resolver el recurso de apelación, ya que esto está relacionado a un presupuesto fundamental para que se tipifique la sanción.

El Tribunal Superior le da mucha importancia al proceder de la Sub Gerencia de Recursos Humanos, al señalar que actúan como órganos descentralizados de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) y que son ellos quienes deben fijar los procedimientos correctos que se deberán tener en cuenta, pero sí existe un informe de carácter vinculante que admite la confusión en la permisividad de los pagos a los funcionarios de confianza de los Gobiernos Locales, no se pueden fijar directivas internas, ni exigir a las Sub Gerencias de Recursos Humanos que las implementen, hasta que el propio ente rector lo tenga claro.

Tampoco se habría vulnerado para el Tribunal el Principio Indubio Pro Operario, ya que no existe duda en la aplicación de la norma, todo lo contrario para el

Tribunal existe una norma que expresamente prohíbe los incrementos que dieron motivo a las sanciones.

En el caso del Gerente de Presupuesto, señala que con su informe indica que existen saldos de balance, en dicho informe según el Tribunal no se estaría sugiriendo la conformidad de los incrementos a los funcionarios, a su criterio debiendo absolverse al administrado.

Que los administrados no están dentro de la causal de eximente de responsabilidad al que apelaban, por la confusión causada por la aplicación de los decretos supremos, ya expresé mi desacuerdo al respecto en esta tesina.

Me parece interesante uno de los argumentos esgrimidos por una de las administradas, al señalar que no se ha causado un perjuicio al Estado con dichos incrementos, ya que se han realizado en base a una contraprestación laboral, se ha pagado por una fuerza de trabajo y no deja de tener razón más aún, si el incremento de alguna manera ha podido motivar a dichos funcionarios a cumplir mejor sus funciones.

El Tribunal corrobora que en las Actas Finales de los Convenios, no se encuentra la inclusión de los funcionarios de confianza en el pacto.

Sobre la influencia en el gasto irregular, señala el colegiado que para los funcionarios había un interés propio de rubricar y de influir ya que con estas resoluciones se estaban beneficiando ellos mismos.

El Tribunal resolvió declarar **FUNDADO EN PARTE** el Recurso de Apelación interpuesto por el administrado José Franco Casas en el extremo que le determina responsabilidad administrativa funcional por la comisión de la conducta infractora descrita en el Inc k) del artículo 6 de su reglamento, **REVOCAR EN PARTE** en el extremo que determina al administrado Franco Casas responsabilidad administrativa funcional por la comisión de la conducta infractora reconocida en el inc k) del Art. 6 del reglamento y en consecuencia **ABSOLVER** a dicho administrado de los cargos imputados en dicho extremo

Luego declara **INFUNDADO** respecto de los demás extremos en que el señor Franco Casas presenta su recurso de apelación y en consecuencia **CONFIRMA** estos extremos, **REFORMANDO** la resolución imponiéndole 03 años de inhabilitación.

Además declaran INFUNDADOS los recursos de apelación interpuestos por los demás administrados, dejando de pronunciarse sobre la absolución de los anteriores administrados que el tribunal había considerado en su parte considerativa. Y dan por agotada la vía administrativa.



## CAPÍTULO II

### PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### 2. PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

##### 2.1. Demanda

El demandante en este caso será el señor Edgar Jesús Zegarra Obando, el cuál en su petitorio solicita la nulidad de la Resolución N° 007-20165-CG/TSRA y de la Resolución N° 001-050-2014-CG/SAN en las cuales se le impone un año de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, por el presunto pago irregular de bonificaciones y aguinaldos e incremento de remuneraciones a favor de funcionarios y personal de dirección, por elaborar informe mediante los cuales se remitió las planillas a la gerencia de administración, para la continuidad del pago durante el periodo del 01 de junio del 2012.

Luego señala, que en mérito al Artículo 5 numeral 1 del TUO la pretensión es la sanción impuesta de un año de inhabilitación, por la infracción descrita en el inciso c) del artículo 6 del reglamento.

En sus fundamentos precisa que no es cierto que los funcionarios de confianza solo gocen de los derechos de sindicalización y huelga y no del derecho de negociación colectiva, porque este es un derecho implícito y que además el art 42 de la Constitución, no se pronuncia ni a favor o en contra del derecho de negociación colectiva de los trabajadores.

Sobre la negociación colectiva de los gobiernos locales señala, que la Contraloría no hace una interpretación correcta del Convenio 151 de la OIT, del Decreto Supremo 070-85 y del Decreto Supremo 003-82, decretos que estaban vigentes en el año 2011 y 2012.

El demandante, firma que el Decreto Supremo 070-85-PCM tiene fuerza de Ley y que este es posterior al Decreto Supremo 003-82-PCM, siendo el primero de mayor jerarquía.

Entonces que no es cierto que el Convenio 151 de la OIT debe interpretarse de conformidad con el Decreto Supremo 003-82-PCM existiendo una indebida interpretación de las fuentes.

Citando el artículo 1 y 2 del Decreto Supremo 070-85-PCM señalando que lo que dispone el artículo 2 es remitir la forma procedimental de la negociación al Decreto Supremo 003-82 es aplicable para el caso de negociaciones colectivas en las municipalidades, y que la contraloría estaría creando una aparente antinomia entre el artículo 1° del Decreto supremo N° 070-85-PCM y el artículo 2 del Decreto supremo 003-82-PCM.

En aplicación del principio de jerarquía de normas no debe aplicarse el artículo 2 del Decreto Supremo 003-82 porque es de rango inferior pues el Decreto Supremo 070-85 tiene rango de Ley conforme a la Ley 24422 del 30 de diciembre de 1985.

En consecuencia según el demandante estas resoluciones devienen en nulas conforme al artículo V de la Ley el Procedimiento Administrativo General, Ley 27444 al aplicar un decreto supremo por encima de una norma con rango de ley, lo cual constituye causal de nulidad según el artículo 10 numerales 1 y 2 de la Ley 27444.

En el informe de control como en la resolución de sanción la Contraloría valida la posibilidad de aplicar las normas del régimen laboral privado para el público, contenido en el informe de SERVIR para luego en el procedimiento de contradicción la misma Contraloría exprese que no se puede aplicar, evidenciándose la ambivalencia.

Que en todo caso debió aplicarse la interpretación favorable al trabajador; señalando además que respecto al Informe Técnico 523-2914-SERVIR ,que tiene carácter vinculante, la Contraloría está en la obligación de aplicarlo y dejar de lado el Informe Legal 238-2011- SERVIR y que Contraloría sólo se está remitiendo la segunda conclusión del informe vinculante de SERVIR.

Probándose además que antes del 05 de julio del 2013, sólo existen interpretaciones y que recién a partir de esa fecha se tiene claro que en el ordenamiento positivo, que las negociaciones colectivas no alcanza a los funcionarios de confianza lo que significa que en el año 2011 y 2012 no se tenía claro aún y no se podía aplicar la constitución y si la ley infraconstitucional.

Que debió aplicarse el eximente de responsabilidad relacionada al error inducido por la administración ya que esa duda viene desde el ente rector SERVIR y también debió

aplicarse el principio de in dubio pro operario, entonces sí existía duda en la aplicación de estos dos decretos supremos.

Que si la Contraloría pudo aumentarse los sueldos en base a su principio de autonomía, porque no podrían hacer lo mismo las municipalidades.

Insiste en que debe declararse la nulidad del informe de control por no estar bien motivado, sin advertir que es un acto de administración interna, al margen de que estemos de acuerdo en que este sea considerado como tal, porque finalmente considero, que sí causa efectos en los administrados, porque luego de ello deben de ejercer su derecho de defensa.

Si bien el acto de administración interna, no puede cuestionarse de manera directa, el artículo 206 de la Ley 27444, establece que la contradicción a los restantes actos de administración, podrán impugnarse con el recurso administrativo, que en su caso se interponga contra el acto definitivo y el demandante, junto con otros administrados interpusieron en el recurso apelación administrativa, este argumento que no fue resuelto.

Que los profesionales de la comisión auditora, no eran especialistas, que han contravenido las NAGU (Normas de Auditoría Gubernamental), en lo que respecta a la participación de profesionales y /o especialistas y que por eso deviene en nulo el informe de control.

Ofreciendo como medios probatorios, en la demanda, el informe de control, las resoluciones sancionadoras, las normas e informes que lo amparan y las hojas de vida de los miembros de la comisión auditora. Esta demanda se interpuso, en la vía del proceso especial.

Se declara en un inicio inadmisibles la demanda por no presentar casilla electrónica y luego de subsanada es admitida a trámite.

### **2.1.1. Análisis personal de la demanda y del petitorio**

Considero que en esta demanda pudieron plantearse hasta dos pretensiones más, la primera reconocida en el numeral 3) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS referido a declarar contrario a derecho una actuación material que no se sustente en acto administrativo.

Es decir a través de esta pretensión podía declararse contrario a derecho el Informe de Control, que dio inicio al procedimiento sancionador, si es que hasta el momento, las normas de control gubernamental no lo consideran un acto administrativo.

Del mismo modo el numeral 5) del artículo 5 del Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, contempla la posibilidad que de manera accesoria se pretenda la indemnización por el daño causado con el acto o actuación administrativa que se expone en la pretensión principal y en este caso sí hay un daño económico si es que el trabajador no ha percibido una remuneración por el tiempo que fue suspendido, además del daño moral y psicológico.

Por lo tanto yo habría planteado el siguiente petitorio:

**PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Solicito se declare la nulidad de la Resolución N° 007-20165-CG/TSRA y de la Resolución N° 001-050-2014-CG/SAN.

**PRETENSIÓN SUBORDINADA:** Solicito se declare contrario a derecho el Informe de Control que dio origen al Procedimiento Administrativo Sancionador.

**PRETENSIÓN ACCESORIA:** Solicito indemnización por sanción de inhabilitación contenida en las resoluciones N° 007-20165-CG/TSRA y de la Resolución N° 001-050-2014-CG/SAN.

## 2.2. Excepción

Luego la parte demandada (Contraloría General de la República) presenta una excepción de incompetencia, ya que la Contraloría tiene su sede principal en la ciudad de Lima y la demanda se interpone en la ciudad de Arequipa, habiendo vulnerado el Decreto Supremo 013-2008-JUS en lo previsto en su artículo 10, sin embargo al final concluye que el juzgado especializado en lo laboral de Arequipa carece de competencia funcional.

Me parece que siendo una entidad como la Contraloría General de la República, debería contar con procuradores que no incurran en errores de defensa tan absurdos como confundir el tipo de competencia o presentar una excepción que contradice lo normado sobre competencia en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo.

### 2.3. Contestación de la Demanda y Excepción

Se solicita se declare infundada la demanda, señalando que los argumentos no se ajustan a la verdad y no desvirtúan la responsabilidad. Dado que se le identificó al demandante responsabilidad en su calidad de Sub Gerente de Recursos Humanos, por haber suscrito planillas y elaborado informes que iban en contra de disposiciones que regulan el régimen de ingresos, remuneraciones y beneficios de funcionarios prevista en el literal c) del Art. 6 del Reglamento.

Se debe tener en cuenta que el personal de confianza, no se puede ver beneficiado con los acuerdos de una negociación colectiva, ya que por la naturaleza de los cargos que desempeñan siempre deben velar por los intereses institucionales.

Que para ser titular del derecho a la negociación colectiva, existe una condición previa que se deriva del carácter colectivo de la negociación, de modo que los titulares deben ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los trabajadores o los representantes de los trabajadores.

Que el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, excluye expresamente del reconocimiento de sindicalización y huelga a los funcionarios del Estado con poder de decisión y a los que desempeñan cargos de confianza.

Manifiesta la parte demanda, que el procedimiento de negociación bilateral debe efectuarse de conformidad con el Decreto Supremo N° 003-82-PCM, cuyo artículo 2 prescribe que no se encuentran comprendidos en los alcances de este decreto los funcionarios de confianza.

Que sobre el desconocimiento del Informe del Ministerio de Trabajo por parte del Órgano Sancionador, el mismo no resulta de aplicación ya que en dicho informe se discute el alcance de la negociación colectiva en el ámbito privado.

Señala además, que no corresponde aplicar al demandante la causal de eximente de responsabilidad, ya que debe precisarse que la interpretación errónea o actuación irregular de otras entidades, no convalida el incumplimiento de otros administrados de las disposiciones legales presupuestales.

Que para que se aplique el principio in dubio pro operario, se exige la existencia de una norma jurídica que esté causando confusión, no siendo el caso del demandante.

Además que la autonomía municipal, debe ejercerse de conformidad con los límites que imponen las diversas normas, que no se está vulnerando el principio de tipicidad ya que la infracción está contenida en el inc. c) del art. 6 del Reglamento de la Ley N° 29622.

Que el informe de control no puede ser cuestionado ya que es un acto de administración interna, añadiendo que no se puede lograr por vía indirecta lo que la ley reprueba expresamente de modo directo.

Finalmente que no cabe nulidad alguna, ya que ambas resoluciones están debidamente motivadas en sus fundamentos de hecho y de derecho.

Se otorga un plazo de 05 días para que se absuelva la excepción de incompetencia.

#### **2.4. Decisión de la excepción**

Respecto de esta excepción el juez cita la Casación N° 2422-2008-Amazonas, ya que el colegiado en reiteradas ocasiones ha señalado que para conocer este tipo de procesos, es competente el juez del lugar en que se produjeron las actuaciones administrativas impugnables que dieron lugar al acto administrativo, es decir donde se produjo la actuación materia de la demanda, es decir cuando el demandante se desempeñaba como Sub Gerente de Recursos Humanos en una municipalidad distrital en Arequipa citando además el artículo 188 de la Constitución.

#### **2.5. Fijación de puntos controvertidos**

Habiendo declarado infundada la excepción deducida, declarando el juez la existencia de una relación jurídica procesal válida y en consecuencia saneado el proceso fijando como puntos controvertidos los siguientes:

1. Determinar si las Resoluciones N° 001-050-2014-CG/SAN y la N° 007-2015 se encuentran incursas en causal de nulidad.
2. Si corresponde dejar sin efecto la sanción de 03 años de inhabilitación. (Lo cual es errado ya que sólo se le sancionó con un año de inhabilitación)

#### **2.6. Dictamen fiscal**

El Ministerio Público emite dictamen con los mismos fundamentos de las resoluciones de sanción y es de la opinión, que se declare infundada la demanda contencioso administrativa ya que no se encuentra causal de nulidad alguna en dichas resoluciones, devolviendo el expediente al Poder Judicial.

## 2.7. Sentencia N° 1487-2015 (Primera Instancia)

El Juez de primera instancia determinó que el hecho materia de infracción y sanción, es la aplicación indebida de pactos colectivos a favor de funcionarios de confianza en la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero en el año 2012, precisando que si bien el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece en su artículo 41 que la convención colectiva de trabajo, es un acuerdo concerniente a las relaciones de trabajadores y empleadores celebrado por una o varias organizaciones sindicales o por representantes de los trabajadores, lo es también que el artículo 42 precisa que: “La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante, para las partes que la adoptaron ...”, exceptuando a quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.

Por tanto es evidente que los servidores públicos del Régimen Laboral regulado por el Decreto Legislativo 276, tienen reconocido constitucionalmente su derecho de sindicalización y el derecho de negociación colectiva, no alcanza a los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza por el principio de legalidad presupuestal, principio que se tiene que respetar para cualquier pago adicional dentro del Estado, supuesto que no se dio en el caso habiéndose cometido una infracción por parte del demandante, según el juzgado, concluyendo que los actos administrativos contenidos en las dos resoluciones de sanción, no han incurrido en causal de nulidad prevista en el artículo 10 de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.

Declarando Infundada la demanda contencioso administrativa.

### 2.7.1. Opinión personal de la sentencia en primera instancia

Considero que sí se debió tomar en cuenta el eximente de responsabilidad que hace referencia a una falta cometida por un error inducido por la administración, ya que la práctica repetitiva de pago de beneficios económicos, que se establecía en los Gobiernos Locales, sin que se les aperturara un proceso sancionador o cuestionara, también es de suma importancia, para que otras entidades las pongan en práctica, por lo tanto a mi criterio debió declararse fundada la demanda.

## 2.8. Recurso de apelación:

El apelante solicita se revoque la Sentencia N° 1487-2015-6JET y en consecuencia se declaren nulas la Resolución N° 007-2015-CG/TSRA y Resolución N° 001-050-2014-CG/SAN.

Indica que en el Segundo Considerando, a pesar de que se hace mención del segundo párrafo del artículo 33 de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, ya que en el caso de sanciones la carga de la prueba le corresponde a la administración, en este caso a Contraloría, sin embargo la misma no ha probado la existencia de infracción, ya que no probó la existencia o derogación del Artículo 1 del Decreto Supremo N° 070-85-PCM.

Como lo señaló en la demanda al momento de los hechos dicha norma con rango de ley estaba vigente y aplicable y de esta manera fue probado según el demandante con el Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC que tiene carácter vinculante.

Señala en su apelación, que respecto la negociación colectiva el Decreto Supremo N° 070-85-PCM permitió el incremento tanto para funcionarios como para servidores y que el Artículo 194 de la Ley 24422, el Poder Legislativo le confirió fuerza de Ley, la citada norma no hace distinción de los funcionarios que comprende y esta falta de precisión hizo que muchas municipalidades interpreten que sus funcionarios, incluyendo al alcalde, si bien estaban excluidos de su derecho de sindicalización no lo estaban con respecto al derecho de negociación colectiva.

Además, que es falso que en la demanda se haya sostenido que no existe norma legal que impida o prohíba el goce de la negociación colectiva, que es falso que se haya argumentado la obediencia debida en el texto de la demanda.

Que es falso que se haya argumentado la existencia de derechos adquiridos en la demanda y que el juzgador indebidamente a aplicado el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, sobre relaciones colectivas del régimen laboral privado, desconociendo la existencia del Decreto Supremo N° 070-85-PCM.

El juzgador señaló, que la parte demandante no ha acreditado la existencia de los hechos que sustentan la pretensión y que esta debe ser declarada infundada la demanda, pero se debió tener en cuenta que a quien correspondía la carga de la prueba era a Contraloría ya que se trataba de un procedimiento sancionador.

Que sí se ha incurrido en causal de nulidad ya que la Contraloría no aplicó el Artículo 18 literal g) que se refiere a un eximente de responsabilidad, cuando se ha incurrido en error inducido por la administración.

Así mismo, que el juzgado no se ha pronunciado por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 070-85-PCM, sobre el Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC y el artículo 31 del Decreto Supremo 023-2011-PCM el cual señala:

Artículo 31°.- Pronunciamientos de órganos rectores

La determinación de la responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General y el Tribunal, toma en cuenta, obligatoriamente, los pronunciamientos emitidos por los órganos rectores en el ámbito de su competencia y materia de su especialidad, siempre que aquellos se encuentren referidos o sean de aplicación a los hechos observados en los Informes (PCM, 2011)

Que el Decreto Supremo N° 070-85-PCM es de mayor jerarquía que el Decreto Supremo N° 003-82-PCM, que además de ello según SERVIR sí existía duda, por eso es que debió aplicarse el Principio In dubio Pro Operario.

Que en ninguno de los fundamentos de la resolución del Tribunal se pronuncia por la infracción tipificada en el inciso c), sino sólo hace referencia a la infracción del inciso k), debiendo tenerse en cuenta, que al apelante se le sanciona por el literal c) y no el k), por lo tanto si hay un defecto en la motivación, objeto y contenido del acto administrativo.

Sobre la naturaleza del agravio, el apelante señala, que el agravio es consentir la sanción impuesta al declarar infundada la demanda.

Que para imponer la sanción, no existió causalidad pues el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 070-85-PCM, se encontraba vigente en el momento que sucedieron los hechos y que el juez no se ha pronunciado sobre todos los argumentos que sustentan la nulidad de la sanción impuesta.

Finalmente, señala en su recurso de apelación, que la sentencia de primera instancia ha invertido indebidamente la carga de la prueba, pese a norma expresa.

Cita Sentencias de Vista recaídas en el Expediente N° 01823-2013 que ha dictado la Sentencia de Vista N° 119-2015-STL y de igual forma, la Segunda Sala Laboral en la Causa N° 01064-2013, en las cuales se incluye a los funcionarios de las municipalidades, dentro del alcance de las negociaciones colectivas.

Este recurso de apelación, fue admitido a trámite con efecto suspensivo a favor del demandante.

El expediente fue remitido a través de la Primera Sala Laboral de la corte Superior de Justicia al Ministerio Público para que emita Dictamen Fiscal.

### **2.9. Dictamen fiscal segunda instancia**

El Ministerio Público, señala que el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, establece que no están comprendidos en los alcances de la negociación colectiva, los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñen cargos de confianza o de dirección, así mismo que el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 003-82-PCM señala que no están comprendidos en los alcances del presente Decreto Supremo los funcionarios del estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza.

Además el dictamen señala que el Decreto Supremo 070-85-PCM en su artículo 2 establece que la negociación bilateral, se efectuará de acuerdo con las normas pertinentes del Decreto Supremo N° 003-82-PCM.

Que, en igual sentido se pronuncia el Informe Legal N° 238-2010-SERVIR/GG-OAJ y el Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC, opinando el Ministerio Público porque se confirme la sentencia apelada.

### **2.10. Informes orales y escritos**

Por parte de la Contraloría General de la República, el Procurador va a solicitar informe oral, concediéndose el uso de la palabra en la vista de la causa.

La vista de la causa, se llevó en discordia por lo que se llamó a una magistrada para dirimirla.

La parte demandante también solicita el uso de la palabra, siendo este concedido.

La parte demandada, presenta un informe escrito, en el cual señala que el Convenio Colectivo no alcanza a los funcionarios de confianza, así el demandante alegue que

es de conformidad con el artículo 1 del Convenio 151 de la OIT, sin tomar en cuenta que este mismo artículo en su inciso 2 señala que le corresponde a la legislación nacional determinar, hasta qué punto, las garantías previstas en estos convenios se aplican a los empleados de alto nivel.

Quedando en ese sentido evidenciado que tanto en los convenios internacionales, como y en la legislación nacional, se reconoce esta prohibición de beneficiarse por parte de los cargos directivos y personal de confianza, de los acuerdos resultantes de la negociación colectiva.

La parte demandante también presenta un informe escrito, señalando que sí existía norma legal que permitía que los funcionarios públicos se beneficien de las negociaciones colectivas y en el presente caso no hubo transgresión de norma alguna. En aplicación del principio de legalidad (no el de control constitucional que sólo corresponde a los órganos jurisdiccionales), a los funcionarios públicos les corresponde aplicar el texto de ley.

#### **2.11. Sentencia de vista N° 199-2017**

Básicamente dentro de los principales fundamentos que sostiene el colegiado, es que los funcionarios con poder de decisión no están comprendidos en los alcances de la anotada libertad sindical (lo cual incluye a la negociación colectiva), que tal restricción está contenida, en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú.

Además de ello, con el Decreto Supremo 070-85 entonces vigente se preceptuó también en el Artículo 2 que la negociación bilateral, se efectuará, de acuerdo a las normas pertinentes del Decreto Supremo N° 003-82-PCM del 22 de enero de 1982.

Siendo así, entre mediados de la década de 1980 y principios de 1990, existía la duda sobre si estuvieran los funcionarios públicos con poder de decisión o de cargo de confianza, dentro de los alcances de la libertad sindical y esa duda deja de ser tal acudiendo a los anotados del Convenio Colectivo 151, de la Organización Internacional de Trabajo, que en ese entonces ya se hallaba en vigor y había sido previamente ratificado por el Perú, concordado con el anotado artículo 42 de nuestra Constitución de 1993, por lo cual no están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión.

Señala además, en la resolución, que la Autoridad Nacional del Servicio Civil SERVIR, ha tenido una posición uniforme y reiterada en el sentido que en el régimen

laboral público los efectos de un convenio colectivo celebrado, no alcanzan a los funcionarios con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza.

Por consiguiente en el Artículo 21 del Decreto Legislativo 276 se establece:

b) Salvaguardar los intereses del Estado y emplear austeramente los recursos públicos.

Siendo así en el Decreto Supremo 023-2011, Reglamento de la Ley 29622 se indica en su artículo 6:

c) Incumplir las disposiciones que regulan el régimen de ingresos, remuneraciones, dietas o beneficios de cualquier índole de los funcionarios y servidores públicos. Esta infracción es considerada como grave.

Siendo así, la anotada infracción grave cometida por el demandante, cabe aplicarle la sanción de inhabilitación, para el ejercicio de la función pública, por un año.

Por lo tanto, para el órgano de segunda instancia la demanda deviene en infundada por improbada (CPC: artículo 200), confirmando la Sentencia N° 1487-2015.

Esta sentencia de vista presenta fundamentos del voto en discordia que son los siguientes:

- El artículo 8, numeral 1<sup>a</sup>) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece: “Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar: (...) el derecho a toda persona de fundar sindicatos y afiliarse al de su elección”
- El artículo 8, numeral 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” indica: “El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente (libertad sindical), sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones, previstas por la ley, siempre que estas sean propias a una sociedad democrática necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral pública, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de Policía al igual que los otros servicios públicos esenciales ”

- Cita el artículo 8, y 9 del Convenio 87 de la OIT, concluyendo las normas internacionales prevén que la legislación nacional establezca límites al ejercicio de la libertad sindical.
- Que se concluye en la legislación nacional que las únicas categorías que quedan fuera de este ámbito subjetivo de manera incontrovertible son los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, cuyo exclusión es permitida por los artículos 9 del Convenio 87 y 42 de la Constitución, que no resultan pacíficas las exclusiones de : a) los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza; b) los jueces y fiscales en la medida en que van más allá de la norma internacional.
- Que, el conflicto debería resolverse a tenor de lo establecido en el Convenio 87.
- Que, existen diversos pronunciamientos de parte de SERVIR poniendo de ejemplo el Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPHSC que recién a partir de la fecha de emisión de dicho informe, se aclara el sentido interpretativo de que no les alcanzan los beneficios derivados de las negociaciones colectivas.
- Que, al momento de los hechos se estaba siguiendo uno de los posibles sentidos interpretativos.
- Que, el Órgano Rector del Sistema Nacional de Recursos Humanos SERVIR, señala que podía interpretarse que la negociación colectiva alcanzaba incluso a los funcionarios municipales y que dada la falta de precisión del marco legal, muchas entidades interpretaron que sus funcionarios no estaban excluidos del derecho de negociación colectiva.
- Que, en el ámbito municipal no ha sido claro en establecer sus alcances dificultando a los operadores jurídicos, determinar qué trabajadores son titulares del derecho y quiénes no.
- Que por lo tanto las dos resoluciones que imponen la sanción devienen en nulas.

### **2.11.1. Opinión de la sentencia de vista**

Comparto la opinión del voto en discordia, ya que presenta fundamentos nuevos de trascendencia internacional y es que debemos tener en cuenta, que ahora podemos no estar de acuerdo con que los funcionarios con cargos directivos no reciban incrementos que fueron obtenidos vía negociaciones colectivas, todo ello porque ya SERVIR y la jurisprudencia laboral han señalado que no estaba permitido, sin embargo al momento en que ocurren los hechos, estos incrementos

ya se habían convertido en costumbre laboral administrativa, sobre todo en los gobiernos locales es por ello que era muy fácil incurrir en error, porque otras entidades ya lo venían haciendo sin que estas fueran cuestionadas.

## **2.12. Recurso de casación**

El presente recurso presentado por el sancionado, cumple con los requisitos de admisibilidad que son:

- El recurso se presenta contra la Sentencia de Vista N° 199-2017-2SL, poniendo fin al proceso.
- El recurso se presenta ante el órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada.

Conforme el artículo 386 del Código Procesal Civil, el recurso de casación se sustenta en la infracción normativa de orden material, señalando como infracción normativa las siguientes normas: Convenio N° 151 OIT, numeral 2, Decreto Supremo 003-82-PCM, artículo 2, Decreto Supremo N° 075-85-PCM, artículo 1; Ley 27444 artículo V numeral 2.9, Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC, Ley 30057, artículo 40, Decreto Supremo 023-2011-PCM, artículo 18 inciso e).

En la descripción de la infracción normativa, se refiere a que el fundamento Sexto de la Sentencia de Vista que se refiere al artículo 1 del Convenio 151, considera que los funcionarios con poder decisorio, no están considerados dentro de los alcances de la libertad sindical, sin embargo el mismo artículo en el numeral 2, señala que la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto, las garantías previstas en el Convenio se aplican a los empleados de alto nivel y la legislación nacional en el Decreto Supremo N° 075-85-PCM en el artículo 1 establece que para el caso de los Gobiernos Locales, es la negociación bilateral por la cual se determinan las remuneraciones de sus funcionarios y servidores.

El Convenio 151 se refiere a la legislación nacional, que no se debe considerar a la Constitución Política del Perú, como norma superior dada por el poder constituyente, sino debe tomarse en consideración las normas dadas por el poder constituido, siendo que al amparo del Convenio 151 pudieron convivir el Artículo 42 de la Constitución y el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 075-85-PCM que tiene rango de ley.

Que, el Séptimo Considerando de la Sentencia de Vista, se prefiere al Decreto Supremo N° 003-82-PCM, antes que el Decreto Supremo N° 075-85-PCM, sin advertir que la segunda norma tiene rango de ley.

Que, el numeral 2.9 del artículo V de la Ley 27444 no ha sido aplicado en la decisión, que esta disposición se refiere a las fuentes del derecho administrativo y que señala que los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas, deben ser tomados en cuenta. En el presente caso no se aplicó el Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC.

Señala el recurrente, que en la Sentencia de Vista, no se aplicó el Decreto Supremo 023-2011-PCM, ya que el mismo indica que el Tribunal toma en cuenta los pronunciamientos emitidos por los órganos rectores en el ámbito de su competencia y especialidad.

Siguiendo en ese sentido debió aplicarse el artículo 18 inciso e), ya que la confusión fue reconocida incluso por SERVIR.

Que la sentencia de vista señala que el Artículo 40 de la Ley del Servicio Civil, excluye a los funcionarios de los alcances de las negociaciones colectivas, pero el error está en considerar como fundamento del fallo una norma vigente posterior a la fecha de los hechos, es decir se estaría aplicando la norma de manera retroactiva.

Sobre la demostración de la incidencia directa sobre la decisión impugnada parte de la infracción normativa de orden material, ratificando la sanción disciplinaria.

Dicho recurso de Casación fue admitido.

### **2.13. Casación N° 6967-2017**

La Corte Suprema advierte que el recurrente, no cumple con precisar la incidencia directa de la infracción sobre el sentido de la decisión impugnada, lo que implica desarrollar el modo en que se han infringido las normas, como deben ser aplicadas correctamente y cómo su aplicación modificaría el resultado del juzgamiento, asimismo se limita a reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación, pretendiéndose que en la casación se pronuncie sobre el criterio expuesto en la resolución recurrida, al discrepar del sentido del mismo por resultarle adverso.

Debiendo entender que la casación señala la Sala, no apertura una tercera instancia razón por la cual no son procedentes las denuncias formuladas al incumplir los requisitos señalados en el inciso 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil.



## CAPÍTULO III

### 3. MARCO TEÓRICO

#### 3.1. Función pública

La función pública es entendida como la manifestación específica del poder del estado, mediante la cual se ejecuta y realiza la ley. También es entendida como la actividad funcional de los órganos del Estado, que tiene como complemento necesario el procedimiento sancionador para que sus órdenes se cumplan.

La función pública es aquella que a través de sus instituciones y personas que trabajan para ella, busca alcanzar los fines que justifican la existencia del Estado, al pretender siempre que prime el interés general sobre el particular impactando en la vida social, jurídica y económica de su ámbito de desenvolvimiento.

Por solo poner un ejemplo el desarrollo de las políticas públicas que desarrolla el Estado peruano, se van a concretizar en normas, directivas, reglamentos, que deben ser aplicadas por las entidades que posee el Estado, para ello la administración pública debe haber alcanzado el máximo nivel de eficacia y eficiencia para dar por satisfechas las necesidades de la población, sin que estas se vean desatendidas por una inacción o por trámites burocráticos innecesarios y costosos para el Estado y el administrado, que nos lleven al desarrollo y a la igualdad que todo país merece.

A través de la función pública, se administra recursos no de un particular, sino de todos los peruanos, por eso la exigencia de que estos recursos a través de los funcionarios y autoridades sepan cómo gastarse adecuadamente.

La función pública trabaja con herramientas de gestión que deben alcanzar resultados y que viabilizan sus procesos, de igual manera la función pública, detecta cuáles son los riesgos a los que está sometida cada entidad para que de esta manera pueda mitigarlos. El conocimiento del Plan Operativo Institucional por parte de los miembros de una entidad es fundamental para la toma de decisiones, de lo contrario se estaría trabajando a la deriva y sólo para la justificación de una remuneración.

##### 3.1.1. Funcionario Público

Según Adela Asua Batarrita, los funcionarios públicos, son aquellos que “ostentan lo que en derecho penal denominamos “ámbito de dominio del bien jurídico”, son esas personas que se insertan en el organigrama de la Administración: de su

actuación “desde dentro” depende la preservación o el perjuicio de ese bien jurídico”. En ese sentido, se trata de identificar a aquellos que tienen un especial dominio y cercanía al bien jurídico, el cual tienen a su merced y en situación de vulnerabilidad.

### **3.2. Procedimiento sancionador por infracciones al ejercicio de control**

Una de las peculiaridades que tiene el derecho administrativo en general, es su naturaleza de cotidianeidad, la cual se manifiesta desde el simple nacimiento de un bebe, el cual debe ser inscrito en RENIEC con un nombre y un apellido, o por ejemplo el hecho de construir una vivienda, para poder ser habitada por nuestra familia, requiriendo de autorizaciones otorgadas por los municipios. De igual manera el derecho administrativo sancionador encuentra su razón de ser, en esa puesta en práctica del ejercicio de la función pública, por todos los trabajadores que brindan un servicio al Estado.

En el caso del procedimiento administrativo por responsabilidad funcional, este requiere de la existencia del ente rector del Sistema de Control Gubernamental, es decir la Contraloría General de la República.

Esta potestad sancionadora no podría ser ejercida si el Estado no estuviera dotado del Ius Imperium, que se expresa, a través del derecho penal o del derecho sancionador, siendo un sin sentido, distinguir entre estos dos últimos términos, ya que sabemos que el derecho sancionador es uno sólo.

Este Ius Imperium, tiene límites, que no deben ser sobrepasados, de lo contrario existe el mecanismo judicial, en el cuál se pueden ofrecer pruebas que acrediten esta extralimitación, por ejemplo si se desea establecer responsabilidades a funcionarios o servidores del Estado.

Muchas personas, pueden o no estar de acuerdo con este tipo de responsabilidad, que es controlada por el ente rector del Sistema de Control Gubernamental, ya que se crea toda una entidad, en este caso Contraloría, para inhabilitar o suspender a malos funcionarios, cuando bien el Ministerio Público, podría pedir en un proceso penal que como pena accesoria, se le inhabilitara o suspendiera para el ejercicio de la función pública, si es que se cometiera algún tipo de falta, ello exclusivamente en los casos en que Contraloría establece una responsabilidad penal y administrativa al

mismo tiempo justificando su existencia, en el principio de autonomía de la responsabilidad, prevista en su reglamento sancionatorio.

Más aún, aunque parezca exagerado decirlo, algunos funcionarios conocen de la existencia de la Contraloría y de su régimen sancionador cuando ya se ven involucrados en temas como estos y no ha existido previamente una función socializadora por parte de la Contraloría, para poder advertir a las entidades y sus colaboradores, las consecuencias de un mal actuar, que quizá podría ser un disuasivo para que muchos servidores públicos no vulneren las normas tan fácilmente.

Por ejemplo deberían establecerse mesas de trabajo con los titulares de las entidades, para que puedan conocer de esta normatividad y puedan difundirla en cada entidad.

### **3.2.1. Informe de control**

Es el documento elaborado por la Comisión Auditora, en el que se incluyen las deficiencias de control interno, cuando corresponda, las observaciones derivadas de las desviaciones de cumplimiento, las conclusiones y recomendaciones.<sup>14</sup>

La elaboración del informe está a cargo del jefe de comisión y supervisor, debiendo remitirlo a los niveles gerenciales correspondientes para su aprobación. El contenido del informe, se expone en forma ordenada, sistemática, lógica, concisa, exacta, objetiva, oportuna y en concordancia con los objetivos de la auditoría de cumplimiento, precisando que esta se desarrolló de conformidad con las Normas Generales de Control Gubernamental.<sup>14</sup>

En la formulación de las observaciones, la comisión auditora debe relatar en forma ordenada y objetiva los hechos debidamente evidenciados con indicación de los atributos: condición, criterio, efecto y causa; incluyendo el señalamiento de presunta responsabilidad administrativa funcional, penal o civil e identificando a las personas comprendidas en los hechos, considerando las pautas del deber incumplido, la reserva, la presunción de licitud y la relación causal. Asimismo, debe contener recomendaciones que constituyan medidas específicas, claras y posibles que se alcanzan a la administración de la entidad, para la superación de las causas de las deficiencias de control interno, cuando estas han sido identificadas, y las observaciones evidenciadas durante la auditoría.<sup>14</sup>

Estarán dirigidas para su adopción, al titular de la entidad o en su caso a los funcionarios que tengan competencia para disponer su aplicación. En el caso de

observaciones con señalamiento de presuntas responsabilidades administrativas funcionales de los hechos revelados en el informe, que no se encuentren sujetos a la potestad sancionadora de la Contraloría, se recomienda al titular de la entidad auditada disponga su procesamiento y la aplicación de las sanciones correspondientes, conforme al marco legal aplicable. Caso contrario, se incluye una recomendación para su procesamiento por el órgano respectivo, debiendo señalarse expresamente la competencia legal exclusiva que al respecto concierne al citado órgano y el impedimento subsecuente de la entidad para disponer el deslinde de responsabilidad por los mismos hechos, lo que deberá ser puesto en conocimiento del titular de la entidad auditada.<sup>14</sup>

Asimismo respecto de las observaciones en las cuales se haya señalado presunta responsabilidad civil o penal, se debe consignar una recomendación para que se interponga la acción legal respectiva, por parte de la Procuraduría Pública correspondiente o de los órganos que ejerzan la representación legal para la defensa judicial de los intereses del Estado, la recomendación debe estar dirigida a los funcionarios que, en razón de su cargo o función, son los responsables de la correspondiente autorización e implementación para su ejecución. El informe, debe incluir como apéndices la relación de personas comprendidas en los hechos, los comentarios que hubieren presentado y el resultado de la evaluación de los mismos, respectivamente.<sup>14</sup>

### **3.2.2. Facultad Sancionadora de la Contraloría General de la República.**

En cumplimiento de su misión y atribuciones la Contraloría General de la República tiene la facultad de aplicar directamente sanciones por la comisión de infracciones que hubieran cometido: las entidades sujetas a control, funcionarios o servidores públicos, Sociedades de Auditoría, personas jurídicas y naturales que manejen recursos y bienes del estado, ejercida con los principios de legalidad y debido procedimiento.

### **3.2.3. Principios que deben tenerse en cuenta**

De acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General los principios de Legalidad y Debido Procedimiento han sido definidos en materia sancionadora en los siguientes términos:

- i. **Legalidad:** Sólo por norma con rango de Ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción, son posibles de aplicar a un administrado las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de la libertad.
- ii. **Debido Procedimiento:** No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento.

Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre:

- la fase instructora y
- la fase sancionadora

Encomendándolas a autoridades distintas.

#### 3.2.4. **Ámbito de Aplicación**

La potestad sancionadora de la Contraloría General de la República a que se refiere este capítulo:

Tiene como ámbito de aplicación la infracción, considerando como tal a todo acto u omisión que se encuentre tipificado en el art. 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República siempre que se trate de infracciones distintas a las que se encuentran en el ámbito de la potestad sancionadora en materia de responsabilidad administrativa funcional.

Las infracciones pueden ser calificadas como: leves, graves y muy graves.

La potestad sancionadora se ejerce contra aquellos que al momento de la comisión de la infracción tengan algunas de las condiciones señaladas dentro del alcance a que se hace referencia pese a que con posterioridad hayan perdido o concluido tal condición.

### 3.2.5. Alcance

Están dentro del alcance del Reglamento de Infracciones y Sanciones:

- i. Los Titulares, funcionarios y servidores públicos de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.
- ii. El Jefe y personal del Órgano de Control Institucional, que dependa laboral o contractualmente de las entidades que se encuentran bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control y que no han sido incorporadas dentro de los alcances de la Ley 29555, Ley que implementa la incorporación progresiva de las plazas y presupuesto del Órgano de Control institucional a la Contraloría General de la República.
- iii. Las Sociedades de auditoría incluyendo a sus socios y a su personal en lo que corresponda.
- iv. Las personas jurídicas y naturales que manejen recursos del Estado o a quienes se les haya requerido información o su presencia con relación a su vinculación jurídica con las entidades sujetas al Sistema Nacional de Control.

Las citadas personas naturales o jurídicas se encuentran sujetas al reglamento de infracciones y sanciones incluso después de concluida su relación con las entidades.

- v. Las personas naturales o jurídicas que presenten una denuncia maliciosa ante la Contraloría General de la República cometen infracción a denunciar ante la Contraloría un hecho arbitrario o ilegal a sabiendas que no se ha cometido, o al simular pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso de investigación administrativa.

La conducta descrita es considerada infracción muy grave.

### 3.2.6. Aplicación supletoria

En todo lo no previsto en el Reglamento de Infracciones y Sanciones en vigor, aprobado por Resolución de Contraloría N° 134-2015-CG, se aplica en forma supletoria lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 Ley del

Procedimiento Administrativo General., así como las fuentes del Procedimiento Administrativo sancionador que dicha norma establece.

### 3.2.7. Relación de los Órganos Competentes

Competencia para la determinación de la existencia de infracción y la imposición de la sanción que corresponda.

**Autoridad Instructora.-** Es la encargada de llevar a cabo las actuaciones conducentes a la determinación de la infracción, observando el derecho de defensa y el debido proceso administrativo.

Son funciones específicas de la autoridad instructora las siguientes:

- ✓ Efectuar las actuaciones previas que fueran necesarias antes de iniciar el procedimiento administrativo sancionador.
- ✓ Iniciar el procedimiento administrativo sancionador.
- ✓ Dirigir y desarrollar la fase instructora, realizando todas las actuaciones necesarias para el análisis de los hechos, recabando los datos, información y pruebas necesarias para determinar la existencia de infracciones sancionables.
- ✓ Emitir pronunciamiento sobre la existencia o inexistencia de infracción proponiendo a la autoridad sancionadora la imposición de sanción en el primero de los casos, remitiendo para tal efecto, el proyecto de resolución que determina de manera motivada, las conductas que se consideren constitutivas de infracción la norma que prevé la imposición de sanción para dicha conducta y la sanción que se propone o bien el proyecto de resolución que declare la no existencia de infracción.
- ✓ Evaluar y declara de oficio a pedido de parte la prescripción de la potestad sancionadora.
- ✓ Requerir a las entidades públicas y personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas al caso materia del pronunciamiento administrativo sancionador, la documentación, información u opiniones que fueran necesarias para el esclarecimiento de los hechos, incluyendo a los órganos emisores de los informes o a las unidades orgánicas pertinentes de la Contraloría General de la República.

- ✓ Custodiar y velar por la conservación e integridad de los expedientes a su cargo emitiendo a costo de las administradas copias simples o certificadas de las partes que sean solicitadas cuando corresponda.
- ✓ Comunicar los cargos a los administrados recibir y evaluar los descargos presentados.
- ✓ Las demás que le asigne el Reglamento de Infracciones y Sanciones y otras normas legales así como las disposiciones que emita la Contraloría General de la República.

### **Autoridad Sancionadora**

La autoridad sancionadora sobre la base del pronunciamiento de la autoridad instructora, impone las sanciones que correspondan o declara no ha lugar a la imposición de la sanción.

Son funciones específicas:

- Emitir resolución motivada imponiendo las sanciones que correspondan o declarando no ha lugar a la imposición de la sanción, sobre la base del pronunciamiento y antecedentes remitidos por la autoridad instructora.
- Disponer la realización de las actuaciones complementarias que sean necesarias para resolver el procedimiento administrativo sancionador, la formulación de requerimientos de información adicional dirigidos a las entidades públicas, a sus funcionarios y personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas al caso materia del procedimiento administrativo sancionador incluyendo a las distintas unidades orgánicas de la Contraloría General de la República o a los Órganos del sistema Nacional de Control.
- Evaluar y declarar de oficio o a pedido de parte la prescripción de la potestad sancionadora.
- determinar los pronunciamientos que constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria y remitirlos a la Unidad Orgánica correspondiente para ser publicado en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal Institucional de la Contraloría General de la República.

- Custodiar y velar por la conservación e integridad de los expedientes a su cargo emitiendo a costo de los administrados copias simples o certificadas de las partes que sean solicitadas cuando correspondan.
- Proponer ante las instancias pertinentes las normas y disposiciones que se consideren necesarias para suplir deficiencias o vacíos en la normativa de la materia.

Implementar y mantener actualizado el Registro de Sancionados por las infracciones señaladas en el reglamento de Infracciones y Sanciones.

Las demás que le asigne el Reglamento de Infracciones y Sanciones y otras normas legales así como las disposiciones que emita la Contraloría General de la República.

### 3.2.8. Infracciones.-

Constituyen infracciones sujetas a la potestad sancionadora de la contraloría General de la República:

- La obstaculización o dilatación para el inicio de una acción de control.- se entiende como obstaculización cuando los titulares de las entidades, funcionarios y servidores públicos de las entidades injustificadamente nieguen. Resistan o impidan el ingreso a la entidad así como cuando dilaten u omitan proporcionar mobiliario, oficina de trabajo o equipos apropiados para el desarrollo de los servicios de control, de acuerdo a los recursos disponibles.
- Estas conductas serán consideradas infracciones graves.

Si las acciones antes descritas afectan el desarrollo de los servicios de control serán consideradas como infracciones muy graves.

1. La omisión o incumplimiento para la implantación e implementación de los órganos de auditoría interna o la afectación de su autonomía.

Los titulares, funcionarios y servidores públicos de las entidades, responsables de establecer, mantener y fortalecer el Órgano de Control Institucional, incurrir en infracción grave al:

- i. Omitir implementar o establecer dentro de su estructura organizacional un Órgano de Control Institucional en el más alto nivel jerárquico de la Entidad.
- ii. Omitir dotar al Órgano de Control Institucional de infraestructura apropiada, recursos idóneos para sus fines, apoyo logístico necesario o de recursos presupuestales o financieros para garantizar su suficiente operatividad y resultados acorde al presupuesto institucional.
- iii. Llevar a cabo medidas respecto al Jefe del Órgano de Control Institucional o respecto de quien ejerza dicha función en caso de encargatura que implique la designación suspensión o separación de su cargo, soslayando la participación de la Contraloría.
- iv. Asignar al jefe del órgano de Control Institucional funciones que conlleven su participación en los procesos de gerencia o de gestión de administración. No se considera como infracción el asignarles funciones en calidad de observador veedor o en aquellos casos en que ello se encuentre permitido por la normativa de control Gubernamental.

Cuando corresponda para la determinación de las infracciones a que se refieran los numerales i. ii. Y iii. Precedentes se debe tener en cuenta las disposiciones previstas en la Directiva de los Órganos de Control Institucional o el documento normativo que haga sus veces.

2. La interferencia o impedimento para el cumplimiento de las funciones inspectivas inherentes al control gubernamental.

Se considera interferencia o impedimento para el cumplimiento de los servicios de control, las siguientes acciones de parte de los titulares funcionarios y servidores públicos de la entidad auditada:

- i. Efectuar, directa o indirectamente, cualquier acto de presión o influencia sobre las labores de personal del Sistema Nacional de Control. La comisión de esta infracción es considerada grave.
- ii. Omitir brindar las facilidades necesarias a los Órganos del Sistema Nacional de Control, para el desarrollo de las funciones afectando con ello el objetivo del Control gubernamental. Este supuesto se considera también

infracción si se realiza respecto de la actividad a cargo de los veedores ciudadanos. La comisión de esta infracción es considerada grave.

iii. Denunciar maliciosamente ante la Contraloría General de la República a algún funcionario o servidor del sistema Nacional de Control que se encuentre desempeñando funciones de control gubernamental, a sabiendas de la falsedad de los hechos. La comisión de esta infracción es considerada muy grave.

3. La omisión en la implantación de las medidas correctivas recomendadas en los informes realizados por los órganos del sistema

i. Los titulares, funcionarios y servidores públicos de las entidades, incurrir en infracción al:

Omitir, rehusar o retardar injustificadamente el dictar las medidas para la implementación de las recomendaciones provenientes de los informes elaborados por los órganos del sistema Nacional de Control así como informar dicha acción a la Contraloría en los plazos establecidos en las disposiciones emitidas para tal efecto. La comisión de esta infracción será considerada grave.

Incumplir habiendo sido designado para ello, con la implementación de las recomendaciones formuladas en los informes elaborados por los órganos del sistema nacional de control dentro del plazo máximo establecido por el titular para tal efecto así como adoptar, ejecutar decisiones de manera distinta a lo recomendado o de lo establecido en la normativa. La comisión de esta infracción será considerada grave.

ii. El procurador público de la entidad incurre en infracción grave, cuando de manera dolosa o negligente omite iniciar las acciones legales derivadas del desarrollo del servicio de control omite iniciar las acciones legales derivadas del desarrollo de los informes de control en un plazo de 30 días calendario computados a partir de la recepción del informe respectivo.

iii. El jefe del Órgano de Control Institucional incurre en infracción grave cuando omite o retarda remitir un informe respectivo a las autoridades, instancias o unidades orgánicas competentes que en ejercicio de sus atribuciones le corresponda la implementación de las recomendaciones.

4. La omisión o deficiencia en el ejercicio del control gubernamental o en el seguimiento de medidas correctivas

i. El Jefe del Órgano de Control Institucional o su personal, así como la Sociedad de Auditoría, incurre

ii. en infracción según corresponda:

- Incumplir con las disposiciones, indicaciones y procedimientos técnicos emitidos por la Contraloría General que son de observancia obligatoria para la ejecución de los servicios de control. La comisión de esta infracción será considerada grave.

- Elaborar el informe con información falsa, inexacta o que no esté debidamente sustentada sobre la base de evidencias; así como omitir información que se su deber revelar. Los supuestos de información falsa serán considerados infracción muy grave. Los supuestos de información inexacta o no sustentada así como el omitir información serán consideradas como infracciones graves.

- Omitir señalar la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos cuando correspondan. La comisión de esta infracción será considerada grave.

- Incumplir con la reformulación o ampliación del informe derivado de la ejecución de los servicios de control, de acuerdo a los plazos e instrucciones específicas emitidas por la Contraloría. La Comisión de esta infracción será considerada muy grave.

iii. El Jefe del Órgano de control Institucional o su personal incurren en infracción al:

- actuar de manera deficiente en el seguimiento de medidas correctivas, contraviniendo las disposiciones que para tal efecto emite la Contraloría. La comisión de esta infracción será considerada leve.

- incumplir con la remisión del informe resultante de la ejecución de los servicios de control a la Contraloría en los plazos establecidos. La comisión de esta infracción será considerada leve.
5. La omisión en l presentación de la información solicitada o su ejecución en forma deficiente o inoportuna, según el requerimiento efectuado.
- i. Los Titulares, funcionarios y servidores públicos de las entidades, de las empresas mixtas o de accionariado minoritario del Estado, así como el personal de s entidades privadas y entidades no gubernamentales que perciban o administren recursos y bienes del Estado incurren en infracción al:
    - -Omitir, rehusar o retardar la entrega de la documentación o información relacionada con la materia sujeta al control gubernamental, que la entidad haya creado, obtenido posee o custodie o que hubiera estado en la capacidad de elaborar, así como entregarla en forma incompleta o incumpliendo con las condiciones y plazos establecidos. La comisión de esta infracción se considera muy grave.
    - Proporcionar a los órganos del sistema Nacional de Control información falsa o documentación con indicios de fraude o con alteraciones. La comisión de esta infracción se considera muy grave.
    - Impedir a los funcionarios, servidores, exfuncionarios y ex servidores de la entidad examinada, el acceso a la documentación o información necesaria para la presentación de sus aclaraciones a los hallazgos de auditoria comunicados durante la ejecución de los servicios de control. La comisión de esta infracción se considera muy grave.
  - ii. El titular de la entidad y el superior jerárquico del funcionario y servidor público obligado a entregar la información o documentación, así como los funcionarios ejecutivos del más alto nivel de las empresas mixtas o de accionariado minoritario del estado y de las entidades privadas y entidades no gubernamentales que perciban o administren recursos y bienes del Estado incurren en infracción al:

- Omitir o retardar la adopción de medidas necesarias que permitan asegurar y garantizar la entrega de la información o documentación solicitada dentro de los plazos y condiciones establecidos. La comisión de esta infracción se considera muy grave.
- No disponer de los recursos humanos, tecnológicos presupuestarios necesarios para la atención de requerimiento de información. La comisión de esta infracción se considera grave.
- Omitir o retardar disponer inmediatamente conocidos los hechos el inicio de las acciones que correspondan por el extravío o a la destrucción, extracción alteración o modificación indebidas de la información de la entidad así como la recuperación o la reconstrucción de la información afectada por alguna de las conductas antes mencionadas. La comisión de esta infracción se considera grave.

iii. El Jefe del Órgano de Control Institucional o su personal o las Sociedades de auditoría incurren en infracción grave cuando incumplen con presentar o entregar de acuerdo con las condiciones y plazos establecidos la información o documentación o información requerida por la Contraloría.

6. El incumplimiento en la remisión de documentos e información en los plazos que señalen las leyes y reglamentos.

Los titulares, funcionarios y servidores públicos de las entidades sujetas a control, así como el jefe del órgano de control institucional o su personal incurren en infracción al:

- i. Incumplir con presentar a la contraloría o registrar en los sistemas informáticos que les fuera exigible por la normativa en las condiciones y plazos previstos en esta. La comisión de esta infracción será considerada grave. En caso que el incumplimiento afecte el normal desarrollo de la función de la entidad o de los servicios de control la infracción será considerada muy grave.
- ii. Incumplir con los requerimientos de la Contraloría para subsanar observaciones a la documentación o información remitida o registrada. La comisión de esta infracción será considerada grave.

7. Cuando las personas naturales o jurídicas privadas que mantengan relaciones con entidades sujetas al sistema no acudan a un requerimiento o no proporcionen información y documentación a los representantes de la Contraloría General a efecto de permitir la verificación de aquellas cuya relación se derive de operaciones propia realizadas con las entidades asociadas.

Las personas naturales o jurídicas relacionadas con las entidades sujetas al sistema incurren en infracción al:

- i. Omitir rehusar o retardar la entrega de la documentación o información que haya creado u obtenido o que posee o custodia y que fuera requerida vinculada a la materia del servicio de control, así como entregarla de forma incompleta o incumpliendo con las condiciones y plazos establecidos. La comisión de esta infracción se considera muy grave.
  - ii. Proporcionar a los Órganos del Sistema Nacional de Control información falsa o documentación con indicios de fraude o con alteraciones. La comisión de esta infracción es considerada muy grave.
  - iii. No asistir a citaciones o toma de declaraciones efectuadas o requeridas por parte de los integrantes de los Órganos del Sistema Nacional de Control si su testimonio es requerido para el esclarecimiento de los hechos vinculados al servicio de control. La Comisión de esta infracción será considerada grave.
8. Incumplir con mantener al día sus libros, registros y documentos ordenados de acuerdo a lo establecido con la normativa por un periodo no menor de 10 años.

Los funcionarios y servidores públicos, personas jurídicas y naturales que manejen recursos y bienes del Estado incurren en infracción grave al incumplir con su obligación de mantener actualizados los libros, registros y documentos que sustenten las operaciones de la entidad por el periodo que señala la normativa correspondiente o en su defecto en un plazo no menor de 10 años desde su emisión.

Si dicho incumplimiento afecta el desarrollo de los servicios de control se considera como infracción muy grave.

iv. El jefe, el personal del Órgano de Control Institucional así como el representante de la Sociedad de Auditoría incurren en infracción leve al omitir mantener debidamente ordenada los libros, registro y la documentación que sustente el dictamen o informe resultante de la ejecución de los servicios de control, la infracción será considerada como grave.

9. Infracciones relacionadas con la designación, contratación y actuación de las Sociedades de Auditoría.

De acuerdo con el artículo 42 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República estas infracciones son las siguientes:

- i. Incumplimiento de los requisitos para la designación de Sociedad de Auditoría.
- ii. Cuando el personal de las sociedades de auditoría incurra en manifiesto conflicto de intereses con los deberes que le impone las normas de auditoría.
- iii. La pérdida temporal o definitiva de la condición de hábil de la Sociedad de Auditoría o de alguno de los socios en el Colegio de Contadores Públicos y otros Organismos conexos a labores de auditoría en los que se encuentren inscritos.
- iv. El incumplimiento, resolución o rescisión de contrato celebrado con una Sociedad de Auditoría.
- v. La suscripción directa de contratos con entidades comprendidas en el ámbito del sistema por servicios de auditoría y otros con infracción del Reglamento de designación de Sociedades de Auditoría.
- vi. Cuando la Sociedad de Auditoría incurra en incompatibilidad sobreviniente que la inhabilite para continuar con el contrato celebrado con la entidad y no lo informe a esta.
- vii. La presentación documentación de procedencia ilícita para lograr el registro y/o la participación en los concursos públicos de méritos.
- viii. La Contratación de Sociedades de Auditoría cuando estas estén incursas en incompatibilidad permanente para contratar con el Estado.

Con relación a dichas infracciones el Reglamento de Infracciones y Sanciones establece lo siguiente:

- i. La Sociedad Auditora incurre en infracción grave si participa en un concurso público de méritos por invitación o proceso de designación directa o suscribe un contrato para la ejecución de servicios de Control Gubernamental, incumpliendo las prohibiciones e impedimentos establecidos en las bases respectivas y en aquellas normas para la designación de sociedades de Auditoría aprobadas por la Contraloría u otras disposiciones o instrucciones específicas que esta dicte sobre la materia.

La sanción de suspensión temporal o exclusión definitiva que la Contraloría imponga no impedirá que esta culmine con las labores contratadas con anterioridad a la sanción impuesta, las cuales deberán continuar siendo ejecutadas bajo los términos pactados.

- ii. De Auditoría designada, incurre en infracción grave cuando existiendo un conflicto de intereses con los deberes que le impone la norma de control no se inhibe de su función.

- iii. La Sociedad Auditora incurre en infracción leve cuando durante la realización del contrato de servicios de auditoría pierde temporalmente la condición de hábil en el colegio profesional correspondiente o ello sucede con alguno de sus socios debido a la falta de pago de sus cuotas que el colegio profesional le exige.

La infracción será grave si es que la habilitación se pierde temporal o definitivamente por medida proveniente del Tribunal de honor del colegio profesional al que pertenecieran.

La Sociedad de Auditoría incurre en infracción al:

- Incumplir con las condiciones esenciales establecidas en el contrato de servicios de auditoría. La conducta descrita es considerada infracción grave.

- Dejar unilateralmente y en forma injustificada sin efecto un contrato de servicios de auditoría. La conducta descrita es considerada infracción grave.
  - Celebrar directamente contratos de servicios de auditoría con entidades sujetas al sistema soslayando la participación de la Contraloría. La conducta descrita es considerada infracción grave.
  - Omitir comunicar a la Entidad auditada y a la Contraloría el haber incurrido en un supuesto de incompatibilidad que le impida proseguir con el contrato de servicios de auditoría celebrado con las entidades sujetas a control. La conducta descrita es considerada infracción grave.
  - Emitir dictamen o cualquier informe que se encuentra obligada por la normativa o por requerimiento de la Contraloría, estando incurso en cualquiera de las incompatibilidades previstas en la normativa. La conducta descrita es considerada infracción grave.
  - Presentar documentación falsa o con indicios de fraude o con alteraciones para obtener la inscripción, renovación o actualización de datos en el registro de Contraloría o participar en el concurso público de méritos, concurso de méritos por invitación o procesos de designación a cargo de la entidad autorizada por la Contraloría según las normas para la designación de Sociedades de Auditoría sin perjuicio de lo establecido en el artículo 55 del Reglamento de Infracciones y Sanciones. La conducta descrita es considerada infracción muy grave.
- iv. Los titulares, funcionarios y servidores públicos de las entidades sujetas a control incurren en infracción al:
- Efectuar un proceso de designación, sin tomar en cuenta lo dispuesto en las normas para la designación de Sociedades de Auditoría emitidas por la Contraloría. La conducta descrita es considerada infracción grave.
  - Suscribir directamente contratos de servicios de auditoría con una Sociedad de Auditoría, o con cualquier persona natural o jurídica soslayando la participación de la Contraloría o cuando la Sociedad de Auditoría se encuentre suspendida temporalmente o excluida

definitivamente del Registro de Sociedades. La conducta descrita es considerada infracción grave.

- Omitir, rehusar o retardar injustificadamente, la contratación de servicios de auditoría con la Sociedad de Auditoría designada conforme a las normas respectivas. La conducta descrita es considerada grave.
- Incumplir con las condiciones esenciales establecidas en el contrato de servicios suscrito con la Sociedad de Auditoría. La conducta descrita es considerada infracción grave.

### **3.2.9. Clasificación y fases del procedimiento sancionador por infracciones al ejercicio de control.**

i. Considerando el tipo de infracción materia de procesamiento, el procedimiento administrativo sancionador se clasifica en:

- Procedimiento sumario y
- Procedimiento ordinario

ii. El procedimiento administrativo sancionador consta de dos fases

- Fase Instructiva.
- Fase sancionadora.

iii. Fase instructiva: Se encuentra a cargo de la autoridad instructora y comprende:

- Las actuaciones previas que correspondan.
- El inicio del procedimiento administrativo sancionador y su desarrollo.
- La emisión del pronunciamiento sobre la existencia de infracción proponiendo la imposición de sanción o la inexistencia de infracción, según corresponda.

-Para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, la autoridad instructora contará con un informe, mediante el cual se comunica la ocurrencia de un presunto hecho infractor, elaborado por el supervisor o jefe de la comisión a cargo del servicio de control, el Jefe del Órgano de Control Institucional o el responsable de la correspondiente unidad orgánica de la Contraloría.

- El contenido del referido informe no limita las facultades de la autoridad instructora para actuar de oficio y disponer el inicio del procedimiento administrativo sancionador por infracciones no consideradas o respecto de personas no comprendidas en el mismo.
- Igualmente la falta de presentación del mencionado informe no limita el ejercicio de las referidas facultades.

iv. Fase Sancionadora:

- La fase sancionadora se encuentra a cargo de la autoridad sancionadora y comprende desde la recepción del pronunciamiento de la autoridad instructora que propone la imposición de sanción o que la declara no ha lugar, disponiendo en este último caso el archivo del procedimiento.
- La resolución emitida por la autoridad sancionadora pone término al procedimiento administrativo sancionador en la vía administrativa.

### 3.2.10. Tipos de Responsabilidad

De acuerdo con el análisis realizado sobre los comentarios a las desviaciones cursadas en su oportunidad, en los casos que corresponda y según el tipo de auditoría, se debe efectuar el señalamiento de las presuntas responsabilidades que en su caso se hubiere identificado.

Las responsabilidades que pueden ser señaladas son de tres tipos independientes entre sí a saber, responsabilidad civil, penal y administrativa funcional.

- **Responsabilidad Civil:** Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos por su acción u omisión en el ejercicio de sus funciones hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado.

Es necesario que el daño económico sea ocasionado por el incumplimiento de funciones por parte del funcionario o servidor público por dolo o culpa sea esta inexcusable o leve.

La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria y la acción correspondiente prescribe a los diez años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

**Normativa relacionada.-**

En las disposiciones sobre inexecución de obligaciones el código civil establece lo siguiente:

**Inimputabilidad por diligencia ordinaria:** Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

**Caso fortuito o fuerza mayor:** Es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible o irresistible que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Extinción de la obligación por causas no imputables al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo la obligación se extingue si la causa que determina la inexecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o la naturaleza de la prestación ya no se le puede considerar obligado a ejecutarla o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil.

También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si este no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

**Daños y perjuicios por inexecución no imputable.-**

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

**Dolo:** Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación

**Culpa Inexcusable:** incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

**Culpa Leve:** Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

**Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable:**

- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
- El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
- Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

**Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por tercero:** El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros responde por los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario.

**Reducción del resarcimiento por actos del acreedor:** Si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven.

**Liberación del resarcimiento:** El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

**Nulidad de pacto de exoneración y limitación de responsabilidad:**

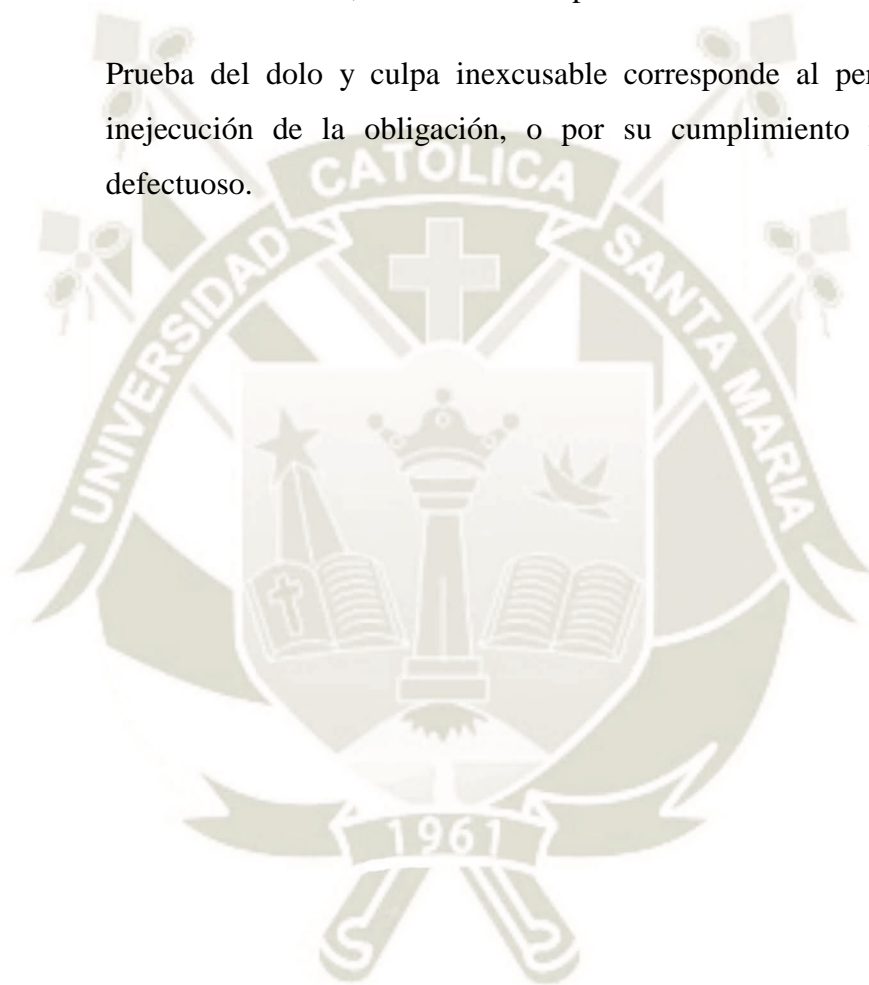
Es nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga.

También es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

**Presunción de la culpa leve del deudor:**

Se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a la culpa leve del deudor.

Prueba del dolo y culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso.



### **Prueba de daños y perjuicios:**

La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

**Valoración del Resarcimiento:** si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

- **Responsabilidad Penal**

La responsabilidad penal es aquella en la que incurren los servidores o funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones han efectuado un acto u omisión tipificado como delito.

### **Normativa Relacionada**

El código penal establece entre otras disposiciones las siguientes:

- Principio de Legalidad :** Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentre establecida en ella.
- Prohibición de Analogía:** No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.
- Principio de Lesividad:** La pena necesariamente precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.
- Garantía jurisdiccional:** Solo el juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.
- Principio de garantía de ejecución:** No puede ejecutarse prueba alguna de otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la

desarrollan. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

vi. **Responsabilidad penal:** la pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

vii. **Proporcionalidad de las sanciones:** la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. Esta norma no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente al delito. La medida de seguridad sólo puede ser dispuesta invocando por intereses públicos predominantes.

viii. **Fines de la pena y medidas de seguridad:** La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

ix. **Principio de combinación:**

La ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales.

Si durante la ejecución de la sanción se expide una ley más favorable al condenado, el juez sustituirá la sanción impuesta con la que corresponda conforme a la nueva ley.

x. **Retroactividad benigna:** Si según la nueva ley, el hecho sancionado en una norma anterior deja de ser punible la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho.

xi. **Momento de comisión del delito:** El momento de la comisión del delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar independientemente en que el resultado se produzca.

**xii. Delitos y faltas:**

Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley.

**xiii. Delito doloso y delito culposo:**

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

xiv. **Autoría, Autoría mediata y Coautoría:** El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

xv. **Instigación:** el que dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor.

**xvi. Complicidad primaria y complicidad secundaria:**

El que dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimida con la pena prevista para el autor.

A los que de cualquier otro modo hubieran dolosamente prestado asistencia, se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.

A los que de cualquier otro modo hubiesen dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.

xvii. La inhabilitación es una pena limitativa de derechos que produce según disponga la sentencia:

- La privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular.
- La incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público.
- La suspensión de derechos políticos que señale la sentencia
- La privación de grados militares o policiales títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio que se hubiese servido el agente para cometer el delito.

xviii. La inhabilitación se impondrá como pena accesoria cuando el hecho punible cometido por el condenado constituya abuso de autoridad, de cargo de profesión, de oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública o actividad regulada por ley.

Se extiende por igual tiempo que la pena principal.

xix. Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad funcionario o servidor público para cometer un hecho punible o utiliza para ello armas proporcionadas por el Estado o cuyo uso le sea autorizado por su condición de funcionario público.

En este caso el juez aumenta la pena hasta la mitad por encima del máximo legal fijado para el delito cometido, no pudiendo esta exceder de 35 años de pena privativa de la libertad.

La misma pena se aplicará al agente que haya desempeñado los cargos señalados en el primer párrafo y aprovecha los conocimientos adquiridos en el ejercicio de su función para cometer el hecho punible.

No será aplicable lo anterior cuando la circunstancia agravante esté prevista a sancionar el tipo penal o cuando ésta sea elemento constitutivo del hecho punible.

xx. La suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad es inaplicable a los funcionarios o servidores públicos condenado por cualquiera de los delitos dolosos previstos en el artículo 384 (colusión simple y agravada), 387 (peculado doloso y culposo), segundo párrafo del artículo 389 (malversación cuando se efectúa respecto de dinero o bienes que correspondan a programas de apoyo social de desarrollo o asistenciales), 395 (cohecho pasivo específico), 396 (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales), 399 (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo) y 401 (enriquecimiento ilícito) del código penal.

xxi. La acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito si es privativa de la libertad.

En casos de delitos cometidos por funcionarios o servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenido por este, o cometido como integrante de organizaciones criminales, el plazo de prescripción se duplica.

xxii. Los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente tenía menos de 21 o más de 65 años al tiempo de la comisión del hecho punible.

- **Responsabilidad Administrativa Funcional.-**

**Definición:** La responsabilidad administrativa funcional es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.

También incurren en responsabilidad administrativa funcional los servidores o funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el

desempeño de la misma de mecanismos, objetivos o indicadores de medición de eficiencia.

#### **Normativa Relacionada:**

Criterio para el ejercicio de control ante decisiones discrecionales en los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los Órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta.

Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno o por los resultados logrados según los objetivos o metas planteados en los casos que la normativa permita varias interpretaciones:

- La decisión se aparte de la interpretación.
- adoptada por el órgano rector competente en la materia.

ii. Responsabilidad administrativa de los funcionarios de los proyectos de inversión regulados por el Decreto Legislativo N° 1224 que aprobó la Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos:

En el Marco del Desarrollo de Proyectos de Inversión regulados por el Decreto Legislativo N° 1224 los funcionarios responsables de tomar decisiones que implican el ejercicio de discrecionalidad no pueden ser objeto de sanciones ni determinaciones de responsabilidad, a menos que existan indicios razonables de que actuaron con dolo o negligencia.

i. Son procesos necesarios para la toma de decisiones referentes a la inversión, la programación multianual, la formulación y la ejecución de inversiones así como la implementación de modificaciones durante la ejecución.

Por tal razón dichos procesos se encuentran en el ámbito de la discrecionalidad de los funcionarios respectivos, conforme a lo dispuesto por la cuarta disposición complementaria final de la Ley 29622.

La información generada por los Órganos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones en el marco de este sistema incluyendo la información registrada en el Banco de Inversiones, tiene el carácter de declaración jurada y en consecuencia se sujetan a las responsabilidades y consecuencia legales que correspondan.

Los funcionarios y servidores que intervienen en el proceso de contratación así como de la ejecución del contrato y su conclusión de manera eficiente bajo el enfoque de gestión por resultados a través del cumplimiento de las normas aplicables y los fines públicos de cada contrato.

De corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, ello se realiza de acuerdo con el régimen jurídico que vincule a las personas que correspondan con la entidad sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

Las entidades públicas son responsables de prevenir de solucionar de manera efectiva, los conflictos de intereses que pueden surgir en la contratación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios que rigen las contrataciones del Estado.

### **3.2.11. Criterios para eximir, imponer y reducir sanciones e inscripción en el registro de sancionados**

#### **Causas eximentes, reincidencia, concurso de infracciones y persistencia en el incumplimiento de las obligaciones.**

- i. Son supuestos eximentes de responsabilidad los siguientes:
  - La incapacidad mental, debidamente comprobada por la autoridad competente.
  - El caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada.
  - La subsanación de la infracción leve.
  - El ejercicio de un deber legal, función, cargo o comisión encomendada.

- El error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones, siempre que el funcionario o servidor público o la persona hubiera expresado su oposición por escrito u otro medio que permita verificar su recepción por el destinatario.

ii. Reincidencia

La infracción será calificada a un nivel superior de gravedad, si el administrado tiene en el registro respectivo antecedentes de infracciones de la misma gravedad a la imputada.

iii. Concurso de infracciones

Si por la realización de los mismos actos u omisiones, el administrado incurre en más de una infracción, se le aplicará la sanción prevista para la infracción con mayor nivel de gravedad.

iv. Persistencia en el incumplimiento de las obligaciones.

- Si los hechos u omisiones que hubieran motivado la imposición de una sanción persisten injustificadamente luego de los 30 días calendarios posteriores a la fecha en que la misma haya quedado firme o causado estado en vía administrativa podrá imponerse una nueva sanción.
- Para la imposición de las sanciones sucesivas solo será necesario al concluir el plazo correspondiente, comunicar de manera previa y por escrito al administrado a fin de que este acredite haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.
- La autoridad instructora competente remitirá la comunicación señalada en el párrafo anterior otorgando un plazo no mayor de tres días hábiles para que el administrado acredite la cesación respectiva.

### 3.2.12. Recursos Impugnatorios

- i. **Recurso contra la Resolución:** Contra la resolución que impone sanción y pone fin a la vía administrativa así como contra los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan

indefensión procede la acción contenciosa administrativa ante el Poder Judicial.

## ii. Queja por defecto de tramitación

En cualquier estado del procedimiento, el administrado puede formular queja contra los defectos de tramitación, ocurridos en la fase instructora o sancionadora, la misma que se presenta y resuelve conforme lo señalado en el artículo 167 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General.<sup>17</sup>

### 3.3. Proceso contencioso administrativo

Si nos remontamos al pensamiento monárquico representado por Luis XIV que decía “El Estado Soy yo”, nos podemos dar cuenta que estábamos dentro de los primeros intentos de entender que era el Estado, sin contar con la fórmula de separación de poderes.

Cuando la separación de poderes acentuada con la Revolución Francesa, empieza a plasmarse en muchos países se entiende que los poderes del Estado no deberían de estar concentrados en una sola autoridad o un solo ente.

Definitivamente el hecho de que en nuestro país exista un proceso contencioso administrativo es la expresión de un equilibrio de poderes entre el ejecutivo y el judicial y ambos amparados en lo formulado por el tercer poder que sería el legislativo. Por lo tanto el proceso contencioso administrativo forma parte de la evolución por la que tuvo que pasar el Estado.

El sólo hecho de esta interacción fomenta que surjan puntos controvertidos, incertidumbres jurídicas, vacíos legales, procedimientos y procesos que quizá no vayan acorde con lo que espera obtener el administrado, más en una situación en la cual tiene como forma de resolver sus conflictos acudir al Poder Judicial y enfrentarse al Estado que no es poca cosa, para que el mismo Estado no reproche su actuar, lo que sucede en los procesos iniciados por la Contraloría General de la República.

También podríamos manejar la premisa de que no existe una división de poderes completamente definida, ya que por ejemplo en un proceso contencioso

administrativo el Poder Ejecutivo se ve supeditado o por debajo de lo que decida el Poder Judicial.

La expresión contencioso administrativo es sin duda clásica en esta materia.

La doctrina ha formulado severas críticas a esta denominación diciendo que contencioso deriva de contenderé e implica, litigios, conflicto de intereses en que dos partes acuden a un tercero imparcial para que solucione sus diferencias.

Pero por cierto es que en materia de control judicial de la administración, no siempre existe conflicto de intereses, ni hay dos partes, por ejemplo en algunos códigos en el caso de la acción de anulación o ilegitimidad en que a veces solo es parte el particular accionante o en el proceso de lesividad en que solo es parte la administración que acciona.

El vocablo contencioso tuvo su origen en los tribunales administrativos franceses que se caracteriza por ser órganos de la propia administración que resuelven los litigios entre ella y los administrados, sin revisión judicial posterior.

Es de destacar que en el concepto francés de la división de poder la justicia no debe inmiscuirse para nada en los asuntos relativos a la administración pública que los decide en última instancia y por sí sola.

En cambio en nuestro sistema no se puede negar a los administrados el acceso a una instancia judicial propiamente dicha, siendo inconstitucional toda pretensión de la administración por la que intente ejercer funciones propias de los jueces.

El empleo de la expresión contencioso administrativo es errónea si de lo que se pretende hablar es de jurisdicción o de proceso. Ambos vocablos indican ya de por sí que se trata de una actividad de naturaleza jurisdiccional.

Sería también superfluo interponer la palabra contencioso entre las de jurisdicción administrativa o proceso administrativo. Es así porque a nadie se le ocurriría decir jurisdicción contencioso penal. Tampoco cabe hablar en consecuencia de jurisdicción contencioso administrativo o proceso contencioso administrativo.

Por otra parte contencioso administrativo es un término confuso, que comprende un conjunto de ideas y de instituciones permitidas por el actual estado de derecho.

La expresión lingüística correcta es proceso administrativo. Pero no olvidemos que la expresión contencioso administrativa, está incorporada a nuestra tradición jurídica.

No obstante siempre nos referimos al proceso administrativo por el medio por el cual se controla jurisdiccionalmente a la administración<sup>1</sup>.

La acción contenciosa administrativa se encuentra prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Perú, cuando el administrado no encuentra una respuesta en la administración pública, busca justicia a través de una pretensión, por lo que podríamos agregar que la pretensión dentro de un proceso contencioso administrativo es una solicitud no resuelta, desde el punto de vista de los intereses y derechos de los administrados.

De esta manera se entrelazan el derecho administrativo con el derecho procesal, suele pasar que en el desarrollo o búsqueda de alcanzar los fines por los cuales se justifica la existencia del Estado, se vean dañados o vulnerados ciertos derechos fundamentales de algunos ciudadanos, porque simplemente desconocen el derecho aplicable o quizá por un vacío no regulado en el derecho positivo.

Ya que no siempre la autocomposición de los conflictos a través de los recursos administrativos, llegan a reconocer o amparar los derechos de los ciudadanos o no siempre se está conforme con lo que resuelve la última instancia de la autoridad administrativa o simplemente ni siquiera hay respuesta de la entidad a las solicitudes de los administrados (silencio administrativo positivo y silencio administrativo negativo), por ello los administrados tienen a bien resolver estos conflictos en sede judicial, debiendo ser este el escenario más imparcial y garantista, es por eso la existencia del proceso contencioso administrativo.

Este proceso contencioso administrativo no sólo involucra la anulación de un acto administrativo inválido, sino su propia orientación judicial de reformulación intentando de esa manera preservar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales.<sup>17</sup>

Se va imponiendo de esta manera ver al contencioso administrativo como el contencioso subjetivo o plena jurisdicción, que vela por la cautela de los derechos fundamentales, es a partir de la dación de la Ley 27584 que se toma este esquema subjetivo del proceso contencioso administrativo, la cual va acompañada de una dinámica procesal más moderna.

Es por ello que si se va a reformular o modificar dicha norma, debe haber una coincidencia entre el objetivo loable que se pretende alcanzar con la impresión normativa, sobretodo en el aspecto procesal.

Para ello debe haber una claridad entre el objeto y las pretensiones a tutelar, tal como lo señala Eloy Espinoza Saldaña Barrera, por ejemplo dentro de las mencionadas en artículo 4 de la Ley 27584, nada se dice sobre la existencia de actos políticos o la discrecionalidad política dentro de las entidades, como si fuera una realidad que quisiéramos ignorar, cuando muchas veces el partido político ganador y que está a la cabeza de la entidad, termina confundiendo sus obligaciones de carácter funcional, con sus obligaciones por pertenecer a un partido político, haciendo de su institución su sede partidaria, haciendo en el peor de los casos uso de los recursos del Estado para fines partidarios, siendo habitada la institución coincidentemente por militantes políticos y no por personas que ganen un concurso público por sus capacidades y conocimientos.

Peor aún estas pretensiones por más que lo queramos negar tienen un carácter taxativo, ya que se declararía la improcedencia de la demanda si pretenderíamos cuestionar otros actos no previstos en el artículo 4, llegando a la conclusión de que no todo acto puede ser impugnado, por más perjuicio que cause a la administración pública.<sup>17</sup>

Este éxito y crecimiento de la gestión administrativa se debe en parte a la limitada capacidad de legislar correctamente, no abordando eficazmente los problemas numerosos que se presentan en la administración pública, dándole una solución técnica y rápida, ganando siempre la batalla la evolución cambiante y compleja y mostrándose la administración más susceptible a la influencia y dependencia política transmitida en la legislación general ampliándose su función no sólo para expedir reglas, sino para plantear y decidir casos, realizar estudios, proponer legislación, sin embargo, se crean riesgos de autoritarismo, ineptitud, y dejadez, falta de transparencia, responsabilidades que nadie quiere asumir por temor a ser sancionados, autoritarismo, etc.<sup>17</sup>

Con la aparición del nuevo estado de posguerra (estado de bienestar, estado social de derecho, estado de procuración de existencia) las administraciones vieron muy ampliadas sus competencias, por lo mismo los tribunales administrativos cobraron

gran importancia, provocando muchas extralimitaciones, y que en palabras de Loewenstein “no solo haría levantar a Montesquieu de su tumba”, en las que ha tenido que entender la jurisdicción administrativa “cada vez más exhausta por el ahondamiento de causas”.<sup>17</sup>

En esta perspectiva, la III República de Francia fue la primera en haber otorgado a la jurisdicción administrativa el rango que merece. El Conseil d'Etat francés preside ese sistema que garantiza un proceso independiente de revisión de los actos administrativos a través del recours pour excès de pouvoir y la exception d'illegalité que procede ante medidas administrativas de sospechosa legalidad, el détournement du pouvoir controla el abuso del poder administrativo. Asimismo, la legislación en la materia distingue entre faute personnelle y faute de service; en este último caso es posible que el funcionario sólo haya cumplido con la Ley. Inglaterra se ha mantenido alejada de los tribunales administrativos, como de muchas otras cosas. Los tribunales ordinarios se encargan de controlar los actos ultra vires de los funcionarios de acuerdo al Crown Proceeding Act de 1947.

Esta norma extinguió la inmunidad que el gobierno tenía ante los tribunales. La situación en la Isla no es admirable en este terreno. Todavía su parlamento distingue algunos de sus actos es decir, los de gobierno, de acuerdo con su sistema de interdependencia por integración y los sustrae de la jurisdicción de los jueces. En los EE.UU. se puede recurrir todas las decisiones de la administración ante tribunales ordinarios, y también las resoluciones de las Independent Regulatory Commissions desde 1946, de acuerdo con la Administrative Procedures Act (60 Stat. 237). El procedimiento de revisión es conocido como judicial review en el lenguaje jurídico corriente, o más propiamente como judicial review of administrative agency.

En cuanto a su forma la revisión judicial consiste en el control de la regularidad jurídica del procedimiento que ha desarrollado la autoridad administrativa, pero en realidad reviste con frecuencia en el aspecto de un proceso civil contra la agencia administrativa en sí, en el que la lesión denunciada constituye el hecho de que la autoridad administrativa no se ha comportado conforme a Ley. La posibilidad de obtener la revisión judicial es un derecho garantizado constitucionalmente. La idea fundamental es que si no existiese esta posibilidad, el ciudadano padecería una lesión sin un proceso justo. Luego, la función de los tribunales jurisdiccionales estadounidenses en relación con las agencias administrativas se deriva de tres

principios fundamentales. El primero es que la agencia administrativa debe limitar su propia actividad a lo que esté legalmente autorizado. No existe ninguna cláusula general de “necesidad pública” que permita a las agencias administrativas el desarrollo de actividades no previstas en la ley de sus funciones. Por ello, la interpretación definitiva con relación a la extensión de las potestades de la administración, corresponde al órgano jurisdiccional. El segundo principio, es que la agencia administrativa debe ejercer sus funciones según los procedimientos previstos en las leyes generales que regulan los procedimientos administrativos.

El tercer principio, es de la garantía del proceso justo que impide a la autoridad actuar de forma “arbitraria o caprichosa”. Este principio genérico se aplica solamente en casos extremos de irregularidades administrativas, pero constituye una posibilidad residual sobre la cual se puede fundar el enjuiciamiento de la actividad administrativa por parte de los tribunales.

Señala Michele Taruffo con relación a las facultades de la revisión jurisdiccional administrativa que: Los jueces ejercen varias potestades: la de interpretar la Constitución y fundarse en sus propios precedentes; la de interpretar las leyes ordinarias utilizando una técnica análoga; la de aplicar su propia jurisprudencia; la de determinar a través de sus decisiones las normas jurídicas que deben aplicarse en materia nuevas no reguladas por la ley; y la de controlar la regularidad jurídica de los actos administrativos. Consideradas en su conjunto se trata de funciones de creación sustantiva del Derecho.<sup>17</sup>

América Latina imitó este último procedimiento, y algunos países crearon la jurisdicción administrativa o Contencioso Administrativa, denominación tomada del sistema francés de tribunales administrativos, pero que poco tienen que ver con el sistema judicial propuesto en esta región.

Así, la posibilidad de “revisión judicial” de la actividad administrativa, cambia de paradigma, de un control de división de poderes con el fin de evitar la concentración del mismo sobre la obediencia a la Ley, propio del Estado de Derecho del siglo XIX y principios del XX, al control constitucional de las decisiones administrativas para que en su afán de servir al poder político no se aleje del “trato” legislativo establecido.

En esta configuración, el control jurisdiccional de la administración ya no se limita sólo al control de legalidad del acto administrativo, sino que se orienta hacia el control del procedimiento administrativo, incluyendo la investigación, presentación, instrucción, juicio y revisión, en tanto, que la administración, siguiendo el criterio de empresa, optó por una virtualización integrada, ahorrando costos en la toma de decisiones, pero con el riesgo de la desviación en la toma de decisión o adjudicación administrativa debido al control de las reclamaciones, ordenando las quejas sólo las que considere meritorias e importantes, privilegiando el interés general sobre los reclamos individuales.

El proceso contencioso administrativo surge entonces para el control de la desviación de la autoridad administrativa, para la presentación de quejas como un examinador independiente, más alejado y menos influenciado por la política, y que tiene como fin, detectar cuándo la adjudicación administrativa se ha apartado del “trato legislativo” y por qué no del contrato social. Si bien, el proceso contencioso administrativo no ha terminado de sanear todos los errores de la administración pública ha habido evoluciones normativas de gran importancia, ya la mirada de la población no estaría enfocada en el mal proceder de la administración pública, sino en el poder que debe controlarla.<sup>17</sup>

Esta nueva concepción del control jurisdiccional de la actuación administrativa sienta las bases para la creación de las herramientas procesales que conlleven a este fin, surgiendo la necesidad de las mismas que sirvan para el control de legalidad de los actos administrativos, para el control político de los mismos, y para la detección del error en la adjudicación de la administración con relación al reclamo individual.

Esta tesis va de la mano con el denominado neo institucionalismo económico, por el cual se reconoce “El derecho al debido proceso en el ‘Contencioso administrativo’”. A través de las agencias, gobiernos y organismos multilaterales que para alcanzar el crecimiento económico más eficiente, estable y equitativo, no es suficiente aplicar reformas al mercado, diseñar políticas macroeconómicas adecuadas, tener buenos programas de inversión y financiamiento, contar con estructura básica, incorporar el desarrollo tecnológico e invertir en capital social. Además de buenas políticas en estos ámbitos, sería necesario contar con nuevas y más eficientes instituciones, para enfrentar los desafíos de los cambios estructurales, diseñar las nuevas políticas económicas, y encarar el entorno internacional más competitivo, subrayando la

necesidad de un marco conceptual y de una perspectiva metodológica, por medio de la cual se analicen los aspectos económicos, políticos y sociales, para introducir el papel del Estado, el sistema político, la cultura y los valores el cual frente al análisis económico clásico, el neo institucionalismo económico ve en las instituciones, es decir, el Estado, la respuesta a las fallas del mercado revalorando así la presencia del Estado en este nuevo contexto social y económico, y en consecuencia justificando la existencia del sistema de tutela jurisdiccional que sea efectivo a cargo de este.

En este marco las normas juegan un papel muy importante, que regula la acción del Estado sobre las estructuras de los agentes de la economía y particularmente en el intercambio, siendo una intrincada red de normas en donde se involucran los poderes legislativos, judicial y ejecutivo que permite mantener el orden económico, derechos de propiedad, contratos organización de las empresas, instrumentos financieros, banca y moneda y en general todo tipo de operaciones de intercambio entre los agentes económicos.

El crecimiento de las economías de mercado ha devenido en una expansión de los centros urbanos, actividades comerciales, crecimiento demográfico y diversidad de la población, resultando una economía más compleja, generando cambios que hacen evolucionar el sistema legal que se acomode a las nuevas condiciones. Estos mercados particulares y las jurisdicciones específicas producen estructuras jurídicas también específicas o particulares, y por supuesto altamente especializadas como es el caso de la jurisdicción Administrativa o Contencioso-Administrativa.

El derecho a la tutela jurisdiccional consagrado en el artículo 139°, numeral 3) de la Constitución Política del Perú, constituye el eje fundamental de la nueva concepción del Proceso Contencioso Administrativo, mediante la afirmación de este como un proceso jurisdiccional y mediante la superación del objeto Contencioso Administrativo de la nulidad y revisión del acto administrativo al enjuiciamiento de la pretensiones de los particulares deducida en la relación con la Administración Pública, introduciendo la pretensión de plena jurisdicción para el reconocimiento o el restablecimiento del derecho lesionado.

Jesús Gonzales Pérez indica que “El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas

garantías mínimas” Emanan de esta definición que el derecho a la tutela jurisdiccional, para llegar a ser efectiva implica una gradualidad que a su vez es el contenido de distintas garantías, que se originan y desarrollan “en” y “a través” del proceso en sus distintas etapas.

En la proyección de este derecho sobre la actividad jurisdiccional se ha sostenido que el derecho a la tutela jurisdiccional tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo y “a que el fallo se cumpla”.

Podemos decir que a través del proceso contencioso administrativo el juez va a realizar el control difuso de las actuaciones y omisiones administrativas, con mayor razón de los actos administrativos.

Es la habilitación que tiene el administrado de acudir al poder judicial para la búsqueda de la tutela que se le negó en la administración pública y que no pudo ser resuelta por esta última a través de la autocomposición.<sup>17</sup>

### 3.3.1. Principios del Proceso Contencioso Administrativo.-

**Principio de Integración.-** Los jueces no deben de dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica por defecto o deficiencia de la ley, en tales casos se aplican los principios del derecho administrativo. Este principio está relacionado con la plena jurisdicción que caracteriza al procedimiento contencioso administrativo, ya que el juez está obligado a resolver todo el problema, así la parte no haya interpuesto de manera eficiente toda su pretensión. Entonces es muy fácil que una primera instancia cumpla con ese principio y que en segunda instancia te diga que en aras de congruencia procesal y pronunciarse sólo sobre lo que te han pedido, se estaría vulnerando el principio de jurisdicción plena.

**Principio de Igualdad Procesal.-** Hay un trato de igualdad independientemente sean entidades o administrados. Lo que debe quedar claro es que el proceso contencioso administrativo además de buscar la igualdad, busca el equilibrio de poderes evitando el abuso.

**Principio de Favorecimiento del Proceso.-** El juez no puede rechazar la demanda en los casos que por falta de precisión en el marco legal sobre agotamiento de la vía administrativa. Este principio obliga a revisar los requisitos

de admisibilidad de la demanda en sentido de favorecer al accionante, garantizando su derecho de acceso a la administración de justicia.

**Principio de Suplencia de Oficio.-** El juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, pidiendo de ser el caso la subsanación de no ser posible la suplencia. Subsanan por ejemplo implica la adecuación de la vía pero si se trata de subsanar que sólo lo puede hacer el demandante (requisitos especiales), lo deberá hacer el mismo a fin de que la demanda se vuelva viable, transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

Por otro lado a elección del demandante puede tener conocimiento del proceso el juez del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda. En otras palabras el juez asume una función orientadora.<sup>6</sup>

### 3.3.2. Legitimidad para Obrar Activa.

Tiene legitimidad para obrar activa quien afirme, ser titular de la situación jurídica sustancial protegida, que haya sido o esté siendo vulnerada por actuación administrativa impugnada materia del proceso; así como la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos, previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.<sup>6</sup>

### 3.3.3. Representación y Defensa de las entidades administrativas.-

La representación y defensa de las entidades administrativas estará a cargo de la Procuraduría Pública competente o, cuando lo señale la norma correspondiente, por el representante judicial de la entidad debidamente autorizado.

Todo representante, judicial de las entidades administrativas, dentro del término para contestar la demanda, pondrá en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada sobre la legalidad del acto impugnado, recomendándole las acciones necesarias en caso de que considere procedente la pretensión.<sup>6</sup>

### 3.3.4. Acumulación.-

La Ley del Proceso Contencioso Administrativo N° 27584, regula los casos es que es posible acumular la pretensiones, pero es recién con la publicación del Decreto supremo 013-2008-JUS que se introduce una pretensión más que puede ser acumulada como es el derecho que tienen los administrados de recibir una indemnización por haberse lesionado sus bienes o derechos siempre que el perjuicio sea consecuencia de actuaciones administrativas. Esta pretensión siempre deberá tener carácter de accesoria con respecto a las otras pretensiones reguladas a las que llamaríamos principales. Entonces cuando el juez declare fundada cualquiera de las pretensiones principales, también estará declarando fundada la indemnización y se verá en la obligación de fijar un monto indemnizatorio por los daños y perjuicios ocasionados por el estado.

### 3.3.5. Los medios Probatorios.-

“El artículo 27 de la LPCA, referido a la actividad probatoria, disponía que: “En el proceso contencioso-administrativo la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en etapa prejudicial”. La citada norma ha sido una de las más cuestionadas de la LPCA, considerándose incluso como violatoria del debido proceso. En este sentido, Ampuero Godo discrepa con “la postura reduccionista asumida por el legislador, al restringir la actividad probatoria del PCA a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo”, ya que ello constituye una afectación evidente al derecho al debido proceso que, como bien se ha dicho en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ‘es un derecho continente’, y comprende, entre otros, el derecho a probar, del que se deriva el derecho a ofrecer, actuar y contradecir pruebas, siendo un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos”.

Asimismo, Jorge Danós ha señalado la contradicción existente entre el artículo 27 de la LPCA y las demás normas sobre los medios probatorios, en los siguientes términos: “Aunque pareciera que la ley, contracorriente a las modernas tendencias doctrinales en la materia, restringe la actividad probatoria en el contencioso-administrativo exclusivamente a las actuaciones recogidas en el procedimiento

administrativo, por la vía de prohibir la incorporación al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial (...), los demás dispositivos que regulan el régimen de los medios probatorios en la ley no responden a dicha óptica, porque han sido reproducidos textualmente del proyecto original que partía de una premisa diametralmente distinta que proclamaba el carácter amplio y abierto de la actividad probatoria en el proceso contencioso administrativo”.

La posición restrictiva adoptada por el legislador, respecto de la actividad probatoria, como lo señala Danós haciendo suya la postura de Ignacio Borrajo Iniesta, corresponde a una concepción rígida del proceso contencioso-administrativo, que lo concibe como un proceso meramente revisor del procedimiento administrativo, que solo admite como relevante la legalidad del acto impugnado en el momento en que fue dictado, tomando en consideración solo los hechos que entonces constaban como ciertos. Para esta posición, el proceso contencioso-administrativo es una mera continuación de lo actuado en vía administrativa, debiendo el juzgador aceptar la visión de los hechos a que se hubiese llegado en el procedimiento administrativo.

Sin embargo, la tesis predominante y la que consideramos coherente con el principio del debido proceso, es la que considera que el proceso contencioso administrativo debe ser uno de plena jurisdicción, motivo por el cual la actuación de las pruebas no debe restringirse a las actuadas en sede administrativa, sino debe permitir la actuación de todas las pruebas que permitan esclarecer los puntos controvertidos y resolver con justicia la controversia jurídica. En ese sentido, era de esperar que la reforma del artículo 27 de la LPCA levante la referida restricción de la actividad probatoria a lo actuado en sede administrativa. Sin embargo, el DL modificó dicho artículo (actualmente numerado como artículo 30 del TUO) con el siguiente texto:

“En el proceso contencioso-administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso [en lugar de: “no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en etapa prejudicial”]. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios. En el caso de acumularse la pretensión indemnizatoria, podrán

alegarse todos los hechos que le sirvan de sustento, ofreciendo los medios probatorios pertinentes”.

Esta reforma, si bien permite incorporar la probanza de hechos nuevos en el proceso, posibilidad que estaba proscrita en la versión anterior de la norma, no termina de levantar la referida restricción de la actividad probatoria. La reforma también incorpora un régimen probatorio especial para el caso de la pretensión indemnizatoria que, a diferencia de las otras pretensiones cuya actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, permite alegar hechos y ofrecer medios probatorios distintos a dichas actuaciones administrativas. Entonces, la reforma del régimen probatorio de la pretensión indemnizatoria sí logra levantar dicha restricción. Suponemos que en este caso resultaba tan evidente que la probanza de los hechos que sustentan la pretensión indemnizatoria, que implica acreditar el daño producido, no puede hacerse sino con medios probatorios distintos a los actuados en sede administrativa, que al legislador no le quedó otro camino que levantar la restricción probatoria en dicho extremo.

Aunque la reforma del artículo 27 de la LPCA constituye un avance respecto al régimen anterior, aún nos encontramos a medio camino para que en materia probatoria el proceso contencioso administrativo sea uno de jurisdicción plena. De otro lado, el artículo 28 de la LPCA, referido a la oportunidad de presentación de los medios probatorios, disponía en su primer párrafo que estos “deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, debiendo acompañarse todos los documentos y pliegos interrogatorios en los escritos de demanda y contestación”.

Asimismo, en su segundo párrafo disponía que: “Si el particular que es parte del proceso no tuviera en su poder algún medio probatorio y este se encuentre en poder de alguna entidad administrativa, deberá indicar dicha circunstancia en su escrito de demanda o de contestación, precisando el contenido del documento y el lugar donde se encuentra con la finalidad de que el órgano jurisdiccional pueda disponer todas las medidas necesarias destinadas a la incorporación de dicho documento al proceso”.

El DL ha modificado dicho artículo (actualmente numerado como artículo 30 del TUO), incorporando tres nuevos párrafos entre el primero y el segundo del texto original: “Los medios probatorios deberán ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, acompañándose todos los documentos y pliegos interrogatorios. Se admitirán excepcionalmente medios probatorios extemporáneos, cuando estén referidos a hechos ocurridos o conocidos con posterioridad al inicio del proceso, vinculados directamente a las pretensiones postuladas. De presentarse medios probatorios extemporáneos, el juez correrá traslado a la parte contraria por el plazo de tres días.

Si a consecuencia de la referida incorporación es necesaria la citación a audiencia para la actuación de un medio probatorio, el juez dispondrá su realización. (...)”.

El objeto de la reforma, sin modificar el criterio general de que los medios probatorios se ofrecen en los actos postulatorios, y siendo coherente con la reforma del artículo 27 de la LPCA que ahora permite incorporar la probanza de hechos nuevos en el proceso, ha sido establecer una regulación especial para los medios probatorios extemporáneos, que incluye el procedimiento para su actuación.

Finalmente, el artículo 30 de la LPCA, referido a la carga de la prueba, disponía que “salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión. Sin perjuicio de lo anterior, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción, la carga de probar los hechos que configuran la infracción corresponde a la entidad administrativa”.

El DL ha modificado dicho artículo (actualmente numerado como artículo 33 del TUO) con el objeto de ampliar los supuestos que permiten sustituir el régimen general de que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión, por el régimen especial de que la carga de la prueba le corresponde a la entidad administrativa. Anteriormente, solo en el caso de que la actuación administrativa impugnada haya establecido una sanción, la carga de la prueba de los hechos que configuran la infracción correspondía a la entidad administrativa. Con la reforma también le corresponde la carga de la prueba, “cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos.”<sup>15</sup>

El DL modificó el artículo 32 de la LPCA (actualmente numerado como artículo 35 del TUO), que regula los medios impugnatorios o recursos del proceso contencioso-administrativo, en algunos de sus términos. Respecto a la procedencia del recurso de apelación, el numeral 2.1 del artículo establecía que dicho recurso procede contra las sentencias, “excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes”. El DL ha modificado dicha redacción para establecer, de manera más sintética, que el recurso procede contra las sentencias, “excepto las expedidas en revisión. De este modo, con otros términos, se mantiene la previsión legal de que contra la sentencia de segunda instancia (que es la expedida en revisión y contra la que podría proceder la casación si ha sido expedida por una Corte Superior), no procede el recurso de apelación. Sin embargo, el efecto práctico de esta reforma es que se ha derogado la disposición que posibilitaba que las partes celebren un convenio de no interposición del recurso de apelación. Asimismo, sobre el recurso de casación, la modificación realizada por el DL establece que dicho recurso procede en los casos que versen sobre pretensiones no cuantificables. Así también, con la reforma se eleva el monto de las pretensiones cuantificables de 70 a 140 Unidades de Referencia Procesal (URP) para que proceda el recurso de casación.

De otro lado, a través de la reforma realizada por el DL al artículo 34 de la LPCA (actualmente numerado como artículo 37 del TUO), se sustituye el uso del término “doctrina jurisprudencial” por “precedente vinculante”. Asimismo, se establece que este precedente jurisprudencial vinculante puede generarse no solo a través de las decisiones adoptadas en casación, sino también mediante todos los tipos de resoluciones que emitan la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (como podría ocurrir, por ejemplo, frente a la interposición de un recurso de queja). Además, se dispone la obligación de publicar todas las sentencias de dicha Sala, no solo en el diario oficial, sino también en la página web del Poder Judicial.<sup>15</sup>

#### 4. OPINIÓN PERSONAL DEL CASO

En mi opinión los funcionarios con cargos de confianza y con cargos directivos, representan al Estado como empleador. Es por ello que no deberían de beneficiarse con las negociaciones colectivas, ya que no pueden actuar con objetividad ya que son jueces y partes a la vez, pudiendo llegarse a fijar aumentos que probablemente no sobrepasen los topes remunerativos, pero que no vayan acorde con su productividad y logro de sus objetivos o que no vayan de acuerdo con la realidad de la localidad.

Pero en el caso expuesto en esta tesina, considero que debió tomarse en cuenta que no era la primera vez que en un municipio se incrementaban las remuneraciones, ya que aparentemente el Decreto Supremo 070-85-PCM permitía el incremento remunerativo a la funcionarios públicos.

Esta confusión fue admitida por el ente rector del Sistema de Recursos Humanos SERVIR y por lo tanto en la época en que se aprueban y pagan estos incrementos sí existía confusión, por lo tanto debió eximirse de responsabilidad al demandante ya que si existís un error inducido por la administración.

Lo que debió plantearse en la demanda, fue la pretensión claro está de manera accesoria, de la indemnización por el daño causado con la sanción impuesta, ya que si se ha hecho efectiva la sanción el administrado ha dejado de trabajar un año en alguna entidad estatal y además de ello de ser una sanción injusta se le ha causado un daño moral el cuál también debe ser cuantificado y acumulado en este proceso.

Por otro lado si se pretendía que se declarase nulo el informe de control que dio inicio a este procedimiento sancionador, debió acumularse la pretensión establecida en el numeral 3) del artículo 5 del Decreto Supremo 013-2008-JUS la cual señala que se puede plantear la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.

Me parece un desconocimiento total de la norma contenciosa administrativa, de parte del Procurador de la Contraloría General de la República al presentar una excepción de incompetencia, por tener su sede en la ciudad de Lima, ya que la norma procesal resguarda y da prioridad a que a elección del demandante quien revise el caso sea el juez en lo contencioso administrativo del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda o en el domicilio del demandado, pero siempre a elección del demandante.

## CONCLUSIONES:

**PRIMERA:** La motivación aparente según el Tribunal Constitucional debe ser causal de nulidad de las resoluciones judiciales y administrativas, en este proceso no se aclaró en ninguna de las instancias respecto de la nulidad del Informe de control, pese a que el demandante cita de manera pertinente el artículo 206.2 de la Ley 27444 el cual señala que los actos de administración interna pueden ser impugnados al momento en que se contradice el acto administrativo que lo contiene.

**SEGUNDA:** El funcionario público que ostenta un cargo directivo o cargo de confianza representa al Estado y si es parte de una negociación colectiva, es muy difícil que sea imparcial ya que se negociarían sus propios beneficios y condiciones laborales.

**TERCERA:** No se vulnera el principio de doble instancia dentro del Procedimiento Administrativo Sancionar por Responsabilidad Funcional ya que se cuenta con un Órgano Instructor y un Órgano Sancionador que son dos órganos que recaen en personas distintas y además el Tribunal Superior revisa las decisiones para de esa manera agotar la vía administrativa y poder recurrir al Poder Judicial si se está en desacuerdo.

**CUARTA:** Debería haber criterios más claros en cuanto a la cantidad de años por cada tipo de infracción por responsabilidad funcional, o por lo menos emitirse resoluciones mejor motivadas con respecto a la cantidad de tiempo en que se inhabilita o suspende por responsabilidad funcional.

**QUINTA:** En casi todas las infracciones depende el tipo de sanción “Si el perjuicio es económico o se ha generado grave afectación al servicio público, la infracción es muy grave”, lo cual me parece muy subjetivo establecer cuando hay una grave afectación al servicio público y cuando no, para poder determinar el tipo de sanción.

**SEXTA:** No considero justo que se atenúe la responsabilidad administrativa funcional, a un funcionario o servidor público que por devolver en dinero el perjuicio económico causado a la entidad, tenga que disminuirse su sanción, porque la falta ya está cometida y porque atenta al principio de igualdad ya que no todos pueden tener la disponibilidad económica para la devolución.

## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** El Sistema Sancionador de la Contraloría General de la República, debiera establecer un control de calidad previo a la emisión de las resoluciones de sanción, tal como lo hace con sus informes de auditoría antes de ser presentados al titular de la entidad.

**SEGUNDA:** Considero que en la mayoría de casos en los que se recurre al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría, se espera tener una fundamentación distinta a la del órgano sancionador, sin embargo pareciera que se repitieran los fundamentos en la segunda instancia, por lo que se recomienda tener un criterio propio, para así dar la seguridad al que forma parte de un proceso sancionador, de que al margen de ser favorecido con un no ha lugar a sanción, se haga evidente de que se hizo una evaluación más exhaustiva que la que realizó el Órgano Sancionador.

**TERCERA:** El funcionario con poder de decisión y cargo de confianza al aceptar tal encargatura, debe asumir que aceptando las condiciones de representatividad del Estado y por ello debe renunciar a ciertos beneficios que por su naturaleza no puede hacerse acreedor. Con mayor responsabilidad las autoridades elegidas por voto popular, ya que tiene un nivel de representación que fue otorgado de manera democrática para representar a un Gobierno Central, Regional o Local.

**CUARTA:** Debió plantearse en la defensa de cualquiera de los involucrados en el Hecho 02, que no existió perjuicio económico causado al Estado ya que el mismo Estado a través de la Ley 28212 permitió topes remunerativos que no fueron excedidos por los administrados, si es que hubiesen conseguido estos incrementos mediante otros procedimientos.

**QUINTA:** La Autonomía Municipal debe ser interpretada de manera Sistemática, teniendo en cuenta que los Gobiernos Locales forman parte del Estado y estos no deben ejercer su autonomía de manera aislada con las normas emitidas por el Gobierno Central.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Cervantes Anaya, D (2013). Manual del Derecho Administrativo. Ed. Séptima. Rodhas SAC.
2. Decreto Supremo N° 023-2011. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 17 de marzo del 2011.
3. Decreto Legislativo N° 1017. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 03 de junio del 2008.
4. Decreto Supremo N° 070-85. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 26 de julio de 1985.
5. Decreto Supremo N° 003-82. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 22 de enero 1982.
6. Decreto Supremo N° 013-2008-JUS. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 29 de agosto del 2008.
7. Expediente N° 2446-2003-AA/TC, Tribunal Constitucional, 2003.
8. Informe Legal 238-2010-SERVIR/GC-OAJ, SERVIR, 2010.
9. Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC.
10. Ley 27444. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 10 de abril del 2001.
11. Ley 27584. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 06 de diciembre del 2001.
12. Ley 27972. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 26 de mayo del 2003.
13. Ley 30057. Diario Oficial El Peruano, Lima, Perú, 04 de julio del 2013.
14. Resolución de Contraloría N° 136-2018-CG, Contraloría General de la República, 2018.
15. Salcedo Cuadros, C.M (2003). La Reforma Legal del Régimen Sobre el Proceso Contencioso Administrativo. Lima.
16. Sentencia N° 0027-2007-PI/TC Tribunal Constitucional, 2008.
17. Sumaria Benavente, O (2012). El Proceso Urgente Contencioso Administrativo (Análisis, Presupuestos y Proyecciones). Círculo de Derecho Administrativo.
18. Yabar Santillán, J.L (2017). Régimen de Control Gubernamental Explicado. Gaceta Jurídica.