

**BOLETÍN N.º 02**  
**DERECHO ADMINISTRATIVO**  
**Y GESTIÓN PÚBLICA**

**“Nuevas tendencias en Derecho**  
**Administrativo y Gestión Pública”**

**Directores:**  
Anthony Julio Romero Casilla  
Allen Martí Flores Zepa  
Frank J. Paucarchuco Gonzales

**Coordinador:**  
Paulo Adrián Guzmán Reyes

**AÑO N.º 01 / ABRIL 2022**

**Autores de esta edición:**

**Erick Cuba Meses**  
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**Mildred Tatiana Valdivia Acuña**  
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

**Sergio Verástegui Valderrama**  
Abogado por la Universidad San Martín de Porres

**Antonia Jorquera Cruz**  
Abogado por la Universidad de Chile

**Italo Felix Dill'erva**  
Abogado por la Universidad San Martín de Porres

**Leyli Jeny Aguilar Ventura**  
Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo

**Junior Pichón De La Cruz**  
Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego

**Luis Alberto Huaman Ordoñez**  
Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

**Directores**

Anthony Julio Romero Casilla  
Allen Martí Flores Zepa  
Frank James Paucarchuco Gonzales

**Coordinador**

Paulo Adrián Guzmán Reyes

**BOLETÍN N.º02**

**DERECHO ADMINISTRATIVO Y  
GESTIÓN PÚBLICA**

Nuevas tendencias en Derecho Administrativo  
y Gestión Pública

**Autores en esta edición:**

Erick Cuba Meneses	Italo Felix Dill'Erva
Mildred Tatiana Valdivia Acuña	Leyli Aguilar Ventura
Sergio Verástegui Valderrama	Junior Pichón De La Cruz
Antonia Jorquera Cruz	Alberto Huamán Ordoñez

**Amachaq**  
*Escuela Jurídica*

2022

Lima – Perú

ISSN: 810-8531

# **BOLETÍN DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA**

## **NUEVAS TENDENCIAS EN DERECHO ADMINISTRATIVO Y GESTIÓN PÚBLICA**

**AÑO 01 – N.º 2 – Abril 2022**

### **EDITADO POR:**

© **AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

[amachaq.escuela.juridica@gmail.com](mailto:amachaq.escuela.juridica@gmail.com)

[www.editorialamachaq.com](http://www.editorialamachaq.com)

Lima – Perú

### **AUTORES EN ESTA EDICIÓN:**

Cuba Meneses, Erick

Valdivia Acuña, Mildred Tatiana

Verástegui Valderrama, Sergio

Jorquera Cruz, Antonia

Felix Dill'Erva, Italo

Aguilar Ventura, Leyli

Pichón De La Cruz, Junior

Huamán Ordoñez, Alberto

### **DIRECTORES:**

Romero Casilla, Anthony Julio

Flores Zerpa, Allen Martí

Paucarchuco Gonzales, Frank James

### **COORDINADOR:**

Guzmán Reyes, Paulo Adrián

### **COLABORADORES:**

Castillo Lopez, Kyara Alessandra

García Mejía, Aissa Margiory

Soto Sutta, Miriam Luzmila

**ISSN:** 810-8531

**Hecho el Depósito Legal en la**

**Biblioteca Nacional del Perú N° XXXXXXXXXX**

**SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN MARZO DEL 2022 EN:  
AMACHAQ ESCUELA JURÍDICA S.A.C.**

Jr. María Antonieta #399

Urb. Palao 2da. etapa - San Martín de Porres

[amachq.escuela.juridica@gmail.com](mailto:amachq.escuela.juridica@gmail.com)

[www.editorialamachq.com](http://www.editorialamachq.com)

Lima — Perú

**BOLETIN N. °2**  
**“NUEVAS TENDENCIAS EN DERECHO ADMINISTRATIVO**  
**Y GESTIÓN PÚBLICA”**

**I. DIRECTORES**

ANTHONY JULIO ROMERO CASILLA  
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

ALLEN MARTÍ FLORES ZERPA  
Bachiller por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

FRANK JAMES PAUCARCHUCO GONZALES  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**II. COORDINADOR:**

PAULO ADRIÁN GUZMÁN REYES  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**III. COLABORADORES EN ESTA EDICIÓN:**

KYARA ALESSANDRA CASTILLO LOPEZ  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MIRIAM LUZMILA SOTO SUTTA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

AISSA MARGIORY GARCIA MEJIA  
Estudiante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

**IV. AUTORES EN ESTA EDICIÓN**

ERICK CUBA MESES  
Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

MILDRED TATIANA VALDIVIA ACUÑA  
Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú

SERGIO VERÁSTEGUI VALDERRAMA  
Abogado por la Universidad San Martín de Porres

ANTONIA JORQUERA CRUZ  
Abogado por la Universidad de Chile

ITALO FELIX DILL'ERVA  
Abogado por la Universidad San Martín de Porres

LEYLI JENY AGUILAR VENTURA  
Abogada por la Universidad Nacional de Trujillo

JUNIOR PICHÓN DE LA CRUZ  
Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego

LUIS ALBERTO HUAMAN ORDOÑEZ  
Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo



*BOLETIN N.º 2*  
*Amachaq-Escuela Jurídica*  
*Área de Derecho Administrativo y Gestión Pública*

*Disponible en:*

*<http://editorialamachaq.com/b2-administrativo/>*

*Año: 2022*

*Edita:*

Amachaq Escuela Jurídica S.A.C.  
[amachaq.escuela.juridica@gmail.com](mailto:amachaq.escuela.juridica@gmail.com)  
<http://editorialamachaq.com/>

El Boletín N° 2 de Derecho Administrativo y Gestión Pública con eje temático “Nuevas tendencias en Derecho Administrativo y Gestión Pública” es publicado en formatos electrónicos que están disponibles para descarga en la página:

*<http://editorialamachaq.com/b2-administrativo>*

Algunos derechos reservados



## ÍNDICE

PRÓLOGO .....	9
- <b>Responsabilidad Administrativa</b> <i>Erick Cuba Meneses</i> .....	11
- <b>Retos de la fiscalización electrónica por parte de la Administración Pública a la luz del covid-19</b> <i>Mildred Tatiana Valdivia Acuña</i> .....	21
- <b>Herramientas para la instrucción eficiente del procedimiento administrativo</b> <i>Sergio Verastegui</i> .....	35
- <b>Sanciones administrativas en el ámbito de la energía: institucionalidad y vías de impugnación</b> <i>Antonia Jorquera</i> .....	43
- <b>Uso de la tecnología en la Administración Pública Moderna</b> <i>Italo Felix</i> .....	55



## Índice

---

- **Modernización de la Gestión Pública**  
*Leyli Jeny Aguilar* .....65
  
- **La labor del Tribunal del Servicio Civil durante el estado de emergencia nacional**  
*Junior Pichón De La Cruz* .....73
  
- **Problemas prácticos derivados de la Ley N°31131 en el Sector Público a propósito de su declaración parcial de constitucionalidad**  
*Luis Alberto Huamán Ordoñez*.....89



## PRÓLOGO

Recientemente hemos logrado dilucidar una serie de nuevos panoramas que han acarreado —indudablemente— una cadena de eventuales modificaciones. Por ello, resulta indispensable dedicar un espacio para abordar algunas de las tantas temáticas que fácilmente nos llevarán a la reflexión luego de acercarnos a ellas; más aún en los tiempos que se vienen desarrollando, dado que la Administración Pública juega un papel preponderante en un escenario como el reciente: post pandemia.

En ese sentido, AMACHAQ Escuela Jurídica se mantiene a la vanguardia; consecuentemente, lejos de soslayar los recientes cambios y temas actuales, facilita el intercambio de ideas y exposición de reflexiones de la mano de grandes especialistas y conocedores de la materia.

Así, nuestra institución, comprometida con la difusión del conocimiento, presenta la segunda edición del boletín del Área de Derecho Administrativo y Gestión Pública. El producto consta de una recopilación de artículos y transcripciones de las ponencias desarrolladas en el marco del *Curso Especializado en Derecho Administrativo y Gestión Pública* que se llevó a cabo de manera virtual el 28 y 29 de enero. El curso tuvo como finalidad el análisis y estudio de temas recientes y de suma relevancia en materia administrativa. Por tal motivo, el eje temático a desarrollar fue “Nuevas tendencias en Derecho Administrativo y Gestión Pública”.

## Prólogo

---

Aprovechamos, también, las siguientes líneas para agradecer a quiénes hicieron posible la realización del producto académico al que usted, amable lector, tiene acceso ahora. Agradecemos con especial cariño y admiración a los profesores Erick Cuba Meneses, Mildred Valdivia Acuña, Sergio Verástegui Valderrama, Antonia Jorquera, Leyli Jeny Aguilar Ventura, Italo Felix Dill'Erva, Junior Pichón De La Cruz y Luis Alberto Huamán Ordoñez, por haber depositado su confianza en esta iniciativa académica y por la gran predisposición que demostraron desde un inicio. Damos gracias por contribuir con nuestro objetivo y uno de los pilares de la institución: la difusión del conocimiento jurídico.

A continuación, podrán encontrar temas que seguramente serán un gran aporte para todos aquellos interesados en la materia. Y de esta manera renovamos nuestro constante compromiso con la comunidad jurídica, a quiénes nos debemos y nos impulsan a continuar con más proyectos de la mano del Área de Derecho Administrativo y Gestión Pública junto a todos los docentes que hoy confían en nuestra propuesta.

Paulo Adrián Guzmán Reyes

# Responsabilidad Administrativa\*

Erick Cuba Meneses\*\*

*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración. / 3. Funciones de la responsabilidad de la Administración. / 4. La Responsabilidad de la Administración en la Legislación Comparada. / 5. La Responsabilidad de la Administración en el Perú. / 6. ¿Cuál es el contenido relevante del art. 260 de la LPAG? / 7. Conclusiones.

## 1. Introducción

A continuación, se abordarán temas respecto a la Responsabilidad Patrimonial de la Administración (en adelante, RPA). Específicamente, nace la duda del por qué no funciona el régimen de responsabilidad administrativa patrimonial extracontractual en el Perú.

El paso del antigua régimen en Europa derogó ciertos principios y doctrinas y, también, abolió instituciones políticas-jurídicas. En algunos casos, este fenómeno implicó un cambio radical, es decir, una auténtica revolución de las bases de la Teoría del Estado de Derecho; mientras que, en otros casos, el cambio solo fue aparente debido a que se necesitaron remiendos posteriores de las que se sustrajeron instituciones que han perdurado hasta la actualidad y han sido exportadas a una parte de los remiendos modernos.

---

\* Transcripción de la conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo y Gestión Pública, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 28 y 29 de enero del 2022.

\*\* Abogado y Magíster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Con estudios del Master Level Degree (DSU) en Derecho Administrativo en la Universidad Paris Panthéon Assas (Francia) y de la de Maestría en Regulación de Servicios Públicos y Gestión de Infraestructuras en la Universidad del Pacífico. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER) y de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo (APDA). Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Universidad Tecnológica del Perú. Árbitro y Consultor en Derecho Administrativo, Contratación Pública, Gestión Pública, Regulación y Arbitraje.

La mayoría de estas instituciones cumplen funciones de control de poder y forman parte de una vigilancia ciudadana hacia las autoridades. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración es una de estas instituciones y se califica ampliamente como uno de los mecanismos de revisión y control de las actuaciones de la Administración Pública; en ese sentido, es parte del repertorio del sistema democrático. Cabe resaltar que el Estado es pasible de ser responsable por las lesiones.

La Responsabilidad Administrativa ha sido exportada a muchos ordenamientos como Francia, España y Argentina. Esto tiene repercusiones en la funcionalidad por presión, aplicación y teorización en los derechos o receptores de los países, aunque no siempre el impacto es estable y óptimo.

No obstante, la Responsabilidad Administrativa, en el Perú, no ha tenido un vasto desarrollo jurisprudencial ni ha recibido un impulso doctrinario. Los pocos trabajos que hablan del tema hacen alusión a la falta de desarrollo y atención a la ineficacia de este régimen de responsabilidad y, además, al déficit de criterios jurisprudenciales.

## **2. La Responsabilidad Patrimonial de la Administración**

Es un mecanismo de control y limitación que tiene como fin proveer la eficiencia en los servicios públicos, controlando, conteniendo y reparando los daños que le sean provocados. En esencia, se refiere a los daños producidos por las actuaciones de la Administración Pública en el marco de un derecho y fuera de todo tipo de relación contractual. Se trata, entonces, de la responsabilidad extracontractual de la Administración.

Los fundamentos de la responsabilidad de la Administración no coinciden con la doctrina civilista respecto de la responsabilidad de derecho privado. Así, podemos encontrar varios fundamentos de responsabilidad patrimonial, por ejemplo:

- a. *La garantía patrimonial de los administrados* que justifica la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración como elemento unificador de más instituciones. Esta garantía presupone que los administrados pueden sufrir lesiones como consecuencia de las prestaciones de servicios públicos o de la actividad administrativa. La Administración se constituye como garante del patrimonio de los administrados.
- b. *La igualdad ante las cargas públicas*, lo cual significa que todos los ciudadanos soportan en misma proporción las cargas del Estado en la medida que sufren los perjuicios y gozan de los beneficios derivados de su actividad.

- c. *La Teoría de la Indemnización* es aquella que divide la reparación según los daños provocados por el Estado según la causa que se atribuya al acto ilícito de la Administración o se fundamenten los sacrificios que ha sufrido el administrado.
- d. *La Teoría del Fundamento Extrasistémico* es aquella que señala que el fundamento no debe buscarse dentro del sistema de responsabilidad, sino fuera de él, ya que, el Estado busca la realización del bien común a través de la justicia, la consecuente reparación del desequilibrio causado y el grado en que la comunidad debe satisfacer el daño.

No se trata solo de hallar un fundamento estrictamente positivo, sino establecer cuál es el principio general de derecho público en el que se encuentra la responsabilidad estatal.

### **3. Funciones de la responsabilidad de la Administración**

- a. *Función Resarcitoria*: Los daños que sufren los administrados, como todo sistema de responsabilidad, están destinados a ser resarcidos.
- b. *Función Preventiva*: Permite que se pueda repetir contra los funcionarios a quienes se le puede atribuir causalmente, pero no imputar la acción dañosa. La responsabilidad puede disuadir a las entidades de la Administración y crear incentivos para una organización y actuación más eficiente.
- c. *Función de Control*: La responsabilidad administrativa es un mecanismo de control de poder y del buen funcionamiento de los servicios públicos.
- d. *Función Demarcatoria*: El sistema debe ser capaz de definir cuáles son los supuestos, cuáles nos son los contemplados en él y cuáles son las lesiones indemnizables.

## **4. La Responsabilidad de la Administración en la Legislación Comparada**

### **4.1. La responsabilidad de la Administración en España**

El 16 de diciembre de 1950 se promulga la Ley de Régimen Local que significó un hito en la responsabilidad extracontractual de la Administración. Posteriormente, cuatro años más tarde, se da la Ley de la Expropiación Forzosa que sería la primera ley en reconocer, a nivel estatal, el sistema de responsabilidad español objetivo y global que perdura hasta la actualidad.

En un primer momento, la Ley de Régimen Local instauraba un régimen bipartito. Las actuaciones enmarcadas dentro del derecho privado se regían por los art. 1902 y 1960 del Código Civil Español, mientras que las enmarcadas en el derecho público se diferenciaban puesto que se regían según el daño causado pro culpa o negligencia grave e imputable personalmente a las autoridades o funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Existía una responsabilidad subsidiaria.

En cambio, la Ley de la Expropiación Forzosa introduce la responsabilidad en el ámbito estatal conforme a planteamientos distintos a la normativa local, con pretensiones generales y unificadoras. Existía, además, una responsabilidad objetiva y un amplió objeto de la responsabilidad al señalar que la lesión podía ser dirigida contra cualquier otro bien o derecho del particular no necesariamente señalados en la Ley.

El sistema español se caracteriza por ser un sistema total, ya que se aplica a todas las administraciones, lo que comprende la totalidad de la actividad e inactividad directa y no subsidiaria. La Administración responde con su propio patrimonio sin media intervención del funcionario o servidor estatal objetivo.

## **4.2. La responsabilidad de la Administración en Francia**

El concepto de responsabilidad de la Administración nace en la jurisprudencia desarrollada por su Consejo de Estado en tres etapas.

La primera etapa es la Irresponsabilidad de la Administración que constituye una fase "prehistórica" del derecho francés debido a que el Estado no reconoce en ningún supuesto a la Administración. Por ello, los funcionarios de gobierno distintos a los ministros no pueden ser enjuiciados por acciones relacionadas con sus funciones sin antes obtenerse una previa autorización del Consejo de Estado.

La segunda etapa es la aplicación de las normas del derecho civil a los actos de gestión de la Administración; sin embargo, los administrados víctimas de los daños causados por la administración dejaron de utilizar esta herramienta para demandar por una reparación pecuniaria, primero, a la misma autoridad administrativa y, luego, ante la denegatoria de esta, en los Tribunales Judiciales.

La tercera etapa es la aplicación de las normas de derecho público. Esta categoría se construyó con base en la categoría de falta de servicios que se fundamenta en el igual derecho de todos los individuos al funcionamiento normal y eficaz de la Administración Pública, además de hacer frente a la antijuricidad de la actividad administrativa.



El sistema francés, por lo tanto, gira en torno a la distinción entre la falta de servicio y la falta de personal, lo que desemboca en el abandono de la noción de culpa como presupuesto de responsabilidad de la persona jurídica. Así, si el daño ocasionado gira en torno a un error del acto administrativo, este no debe ser llevado a los tribunales ordinarios; en cambio, si es una manifestación del administrador propio del derecho común, entonces la falta será imputada al funcionario que deberá responder con su patrimonio.

### **4.3. La responsabilidad de la Administración en Argentina**

La evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración se divide en dos momentos en donde la jurisprudencia es esencial para la construcción de la regulación en esta materia.

En un primer momento, se aplicaban las normas del derecho común como el art. 1112 del Código Civil argentino del año 1869 que no reconocía la responsabilidad extracontractual de los actos y hechos ilegítimos del Estado que causaban daño sobre el patrimonio de los administrados. En otras palabras, se aceptaba la responsabilidad del Estado —bajo las normas del Código Civil— por sus actos de gestión que comprendían su patrimonio y aquellos propios de la prestación de servicios públicos. Contrariamente, no se reconocía responsabilidad por delitos de Estado, debido a que el Código impedía que las personas jurídicas estuvieran obligadas a responder por los actos ilícitos de sus representantes.

Posteriormente, en 1933, con la jurisprudencia del caso de Tomás Newton se hace efectiva la responsabilidad de la Administración Pública. En la misma línea, en el caso Barreto de 1984 se introdujo la categoría de “causa civil”, lo cual señalaba que para la resolución de la controversia se utilizan normas del derecho público (provincial o local). También se introdujo, por principio de equidad, la categoría de “poder legal”, la cual permite hallar responsabilidad por actividad lícita.

¿Cómo es el deber jurídico de soportar un daño y consecuencia de la actividad estatal? En la regulación argentina se ha señalado que en la actividad ilegítima se exige la falta de concurrencia del servicio público y que el daño cierto debe ser valuable económicamente. La imputación será por acción u omisión, con la salvedad de que esta última solo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de la normativa de actuación expresa y determinado en los casos de daño por actividad legítima. Ello debido a que la norma exige la concurrencia en daño cierto, actual, valuable en dinero, nexo causal directo e imputabilidad del daño a la Administración; así como

la ausencia de deber jurídico y la acreditación de un sacrificio especial de la persona dañada. En suma, es un quebrantamiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

## **5. La Responsabilidad de la Administración en el Perú**

La Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) representó un hito en la regulación de la responsabilidad patrimonial en la Administración, puesto que antes de que la Ley entrara en vigor, se regulaba con las normas de responsabilidad del Código Civil.

En el año 2008 con la promulgación del D.L. N°1029 y D.L N°1067, la LPAG sufre una modificación por la cual desaparece la categoría de "funcionamiento de la Administración" y se reemplaza con la categoría de "actos de la Administración o los servicios públicos prestados directamente por la Administración". Aquella modificación implica que el sistema de responsabilidad vigente solo indemniza los daños directamente sufridos a consecuencia de actos administrativos (actividad material de servicios públicos), lo cual deja de lado la responsabilidad por reglamentos.

El art. 260 de la LPAG tiene como objeto la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración Pública el cuál señala lo siguiente:

260.1 Sin perjuicio de las responsabilidades previstas en el derecho común y en las leyes especiales, las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquéllas.

260.2 En los casos del numeral anterior, no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante del administrado damnificado o de tercero.

Tampoco hay lugar a reparación cuando la entidad hubiere actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida, integridad o los bienes de las personas o en salvaguarda de los bienes públicos o cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias.

260.3 La declaratoria de nulidad de un acto administrativo en sede administrativa o por resolución judicial no presupone necesariamente derecho a la indemnización.

260.4 El daño alegado debe ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

260.5 La indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral.

260.6 Cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente de autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. Sin embargo, la entidad podrá acordar con el responsable el reembolso de lo indemnizado, aprobando dicho acuerdo mediante resolución ((Ley 27444, 2019, art. 260).

Se debe buscar una interpretación más integral y remisiva puesto que se busca regular actos dañosos de la Administración Pública como consecuencia de su actuación como persona de derecho público.

Asimismo, este artículo apunta a dos posibles escenarios. Por un lado, podría pensarse el supuesto del contratista que alegará haber sufrido un daño contractual por parte de la Administración o contratante y, al mismo tiempo, un daño de origen extracontractual que procurará hacer efectivo es distintas vías, pero que tienen algún impedimento en común. Por otro lado, respecto a la cuantificación de la Administración se da el supuesto de que, para la iniciación y cuantificación, el Estado debe indemnizar al administrado. Los jueces, además, deben apreciar que la indemnización comprende tanto la compensación por el daño directo e inmediato producido, así como las demás consecuencias derivadas del acto (incluyendo el procesal, daño a la persona y daño moral). De esta manera, la autoridad judicial deberá definir cada caso en concordancia con la pretensión que se plantea y la indemnización debe fijarse con los valores vigentes. No obstante, esta situación provoca inseguridad jurídica en perjuicio de los ciudadanos, razón por la cual es inevitable el silencio de la ley.

## **6. ¿Cuál es el contenido relevante del art. 260 de la LPAG?**

El artículo gira entorno a la administración responsable. En el ámbito subjetivo, se hace una interpretación sistemática con el art. 1 de la misma ley que permite dar cuenta de que será responsable administrativo todo aquél que ejerza función administrativa, estos son:

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos; 2. El Poder Legislativo;
3. El Poder Judicial;
4. Los Gobiernos Regionales;
5. Los Gobiernos Locales;
6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.
7. Las demás entidades, organismos, proyectos especiales, y programas estatales, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y,
8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia [...] (Ley 27444, 2019, art. I).

No obstante, uno de los supuestos que la ley no regula de manera expresa es la responsabilidad concurrente. En este supuesto, el administrado sufre una o varias lesiones ocasionadas por más de una Administración. En un escenario así, según la regulación española, las administraciones deberán actuar de manera solidaria y la responsabilidad se fijará de acuerdo con el grado de competencia al interés público titulado y al grado de intensidad de la Administración.

El artículo 82 de la LPAG —que se refiere al encargo de gestión— en una interpretación sistemática con el art. 260 del mismo cuerpo normativo, nos dice que es posible que la responsabilidad sea asumida por la Administración encargante ya sea que se trate de otra Administración o de una persona jurídica no estatal. En la misma línea, el art. 89 inciso 2 de la misma ley señala que “[...] La autoridad solicitante de la colaboración responde exclusivamente por la legalidad de lo solicitado y por el empleo de sus resultados. La autoridad solicitada responde de la ejecución de la colaboración efectuada” (Ley 27444, 2019).

## 7. Conclusiones

El desarrollo y la configuración legal de la responsabilidad de la Administración en el devenir de los sistemas español, francés y argentino se ha visto acompañado de la fuerte, influyente y productora doctrina junto a una jurisprudencia promotora de los derechos de los administrados.

Actualmente, los sistemas de responsabilidad modernos abarcan, dentro de los límites de razonabilidad, los supuestos de responsabilidad configurados a nivel doctrinal y retroalimentados por la jurisprudencia.

El sistema peruano, en comparación con los otros tres, es pequeño, poco aplicado y desarrollado; sin embargo, lo que más repercute es la casi nula interacción entre el legislador, la doctrina y la jurisprudencia. Las modificaciones del 2008 buscan reducir el ámbito de aplicación del art. 260 de la LPAG y, también, ser explícito, puesto que se busca responsabilizar a la Administración por actos u omisiones en la prestación del servicio público.

Las causas de la inefectividad pueden ser extrasistémicas o intrasistémicas. Las primeras apuntan a la falta de necesidad social del sistema, a la ausencia de una tradición jurisprudencial y doctrinaria asentada como causa. En cambio, las segundas comprenden las carencias propias del sistema como la falta de un procedimiento administrativo legalmente previsto y la imposibilidad de pretender autónomamente una iniciación de la Administración.

Otro aspecto que puede influir es que los casos de responsabilidad sean ventilados en los juzgados de menores instancias del Poder Judicial y no lleguen a instancias superiores como la Corte Suprema, motivo por el cual se responde a la pregunta de ¿por qué no se tienen noticias de casos de Responsabilidad Administrativa?

Finalmente, el carácter objetivo de la Responsabilidad de la Administración se basa en que no se analiza un factor de atribución, es decir, no se centran en el tipo de funcionamiento o si hubo falta o no del servicio, debido a que solo es relevante el nexo causal de la actividad administrativa y la lesión antijurídica.



# Retos de la fiscalización electrónica por parte de la Administración Pública a la luz del covid-19\*

Mildred Tatiana Valdivia Acuña\*\*  
*Pontificia Universidad Católica del Perú*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Fases teóricas de la actividad de fiscalización / 3. Evolución de la actividad fiscalizadora / 4. Decreto Legislativo 1272 / 5. La fiscalización: Características y funciones / 6. El desorden de las concepciones de fiscalización en las instituciones públicas / 7. El adecuado uso jurídico del concepto “fiscalización” / 8. Perjuicios de la desnaturalización de la actividad fiscalizadora / 9. Fiscalización electrónica.

## 1. Introducción

La fiscalización es una de las más fuertes competencias que posee la administración pública para el cumplimiento de sus fines, pero es de precisar que la misma no es nueva, sino que tiene como antecedente que desde tiempo inmemorable se le exige al estado una constante comprobación del cumplimiento de las obligaciones y prescripciones dadas a los administrados, ello en el marco de la protección de finalidades públicas encargadas.

De esta manera y teniendo en cuenta la importancia del alcance que puede llegar a tener el despliegue de la facultad de fiscalización a cargo de las administraciones públicas consideramos, que resulta de vital importancia abordar los alcances de la naturaleza misma y como a lo largo de estos últimos años en el caso peruano hubo una tendiente marcada desnaturaliza-

---

\*Trancipción de la conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo y Gestión Pública, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 28 y 29 de enero del 2022.

\*\*Especialista en Derecho Administrativo Sancionador por la Universidad de Piura. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesora legal a la Alta Dirección en temas de Derecho Administrativo, Regulación de Servicios Públicos y Gestión Pública en el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. Con estudios de concluidos de la maestría en Regulación de Servicios Públicos e Infraestructura de la Universidad del Pacífico. Ha sido adjunta del curso de Derecho Administrativo II en la PUCP. Actualmente es docente de la Escuela de Post grado de la Universidad Continental. Autora de diversos artículos en materia de derecho administrativo a nivel nacional e internacional.

ción de la misma y desorden regulatorio lo que dio lugar a la coexistencia de marcos desiguales que afectaban principalmente la llamada “seguridad jurídica”. En ese sentido es que actualmente en nuestro ordenamiento peruano la facultad de fiscalización administrativa se encuentra sometida a principios como el de la legalidad, igualdad y proporcionalidad; no obstante es de advertir que la incorporación de estos principios y la uniformización de las reglas de la misma datan desde la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

## 2. Aspectos teóricos de la actividad de fiscalización

En ese contexto, y previo a reflexionar sobre la naturaleza de la actividad de fiscalización es que es conveniente señalar lo postulado por autores como FORSTTOFTH: «***La Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución. A este contenido tiene que estar orientada toda su actividad. La Administración necesita, por ello, una instancia directiva, la cual tiene su lugar estructural dentro de la Constitución. Con ello quedan diseñados la posición especial y el cometido del Gobierno del Estado...***»

Bajo esta misma lógica, JOSÉ ESTEVE PARDO ha señalado que: “*la actividad de la administración o actividad administrativa se ha pretendido sistematizar en torno a categorías y clasificaciones cerradas; señalando además que ha sido tradicional en la doctrina española la clasificación en actividad de policía, actividad de fomento y actividad de servicios públicos*”.

De lo signado por este último autor evidenciamos que la categorización de la actividad administrativa es una clasificación ilustrativa por cuanto acierta o expresa una graduación de menos a más, pero que se ha visto rebasada por la propia realidad y entre las varias circunstancias que explican esa limitación de las categorías dogmáticas pueden destacarse las siguientes: (i) La propia dinámica y versatilidad de las fórmulas e instrumentos de la actividad administrativa que no puede adscribirse con carácter exclusivo a una supra categoría conceptual de la actuación de la administración pública y (ii) Que la actividad administrativa en su radio de acción y sus modalidades siempre y necesariamente se delimitan por su correlación con la actividad de particulares (agentes privados), sin que ello signifique que se pierda el enfoque de tutela de finalidades públicas.



Lo cierto es que, pese a la clasificación un poco encasillada como la descrita, la doctrina ha conceptualizado a la inspección como más bien una técnica de intervención y que su contenido se vincula a las más importantes instituciones del derecho administrativo. Siendo ello así se evidencia que la actividad de inspección en esencia es la base de un proceso mayor de desarrollo que descansa en la prevención y la protección de intereses colectivos cuya protección y defensa corresponde al Estado a través principalmente de las administraciones públicas.

Ahora bien, conviene precisar que esta teorización de su naturaleza no es pacífica, toda vez que en sus inicios la inspección fue identificada con la actividad de policía, y respecto de esta última categoría los intentos de definición no han sido escasos, ya que buena parte de la doctrina se ha esforzado por delinearla u intentar aproximarse a la misma. De esta manera tenemos las definiciones doctrinarias siguientes:

Según **Santa María Pastor**: *“La actividad de policía posee en el lenguaje usual un campo semántico restringido que hace referencia exclusivamente a la actividad de mantenimiento del orden público, de indagación ,persecución de actividades ilícitas (policía de seguridad) y específicamente a los colectivos de servidores públicos encargados de la misma ( policía nacional, autonómica y local), una actividad que ciertamente se halla comprendida dentro de la noción técnica de actividad administrativa de ordenación”*.

Por su lado para **José Esteve Pardo** menciona que: *“La actividad de policía tiene protagonismo administrativo secundario-subordinado a la acción de los particulares; la administración solo intervendrá cuando el marco el orden y mercado de la actividad de los agentes privados sea alterado o para controlar su buen funcionamiento”*.

En esta misma línea argumentativa **Sánchez Morón** nos dice que en el estado liberal la actividad de policía se reduce a la tutela del orden público ya que confía al mercado y a los particulares la ordenación de las relaciones económicas y sociales sin mayor intervención pública, aunque existen algunas excepciones como las que se dirigen a proteger la industria y el comercio nacional.

Ahora bien, ello no podría llevarnos a la equivoca idea de aproximar la actividad de policía a la actividad de fiscalización, ya que tal como nos lo señala **Santa María Pastor** existe peligro de contaminación semántica que entraña utilizar el concepto de policía para englobar la inspección que no es más un conjunto inorgánico de actividades administrativas de limitación. **Por ello lo correcto es la identificación como actividad de ordenación.**

En ese contexto dicho autor nos señala que los principios del régimen jurídico de las técnicas de ordenación son los siguientes:

### **Principios Formales**

“**A.-Principio de Reserva de ley** -Cualquier supuesto de intervención, limitación o ablación de la libertad de conducta de los ciudadanos debe legitimarse en una habilitación conferida por norma con rango de ley”.

“**B.- Principio de Especificación.**- Las previsiones legislativas han de ser tasadas y singularizadas respecto de categorías de supuestos de hecho claramente individualizadas no cabe el establecimiento por vía normativa de poderes generales de intervención.”

### **Principios Materiales**

“**A.- Principio de proporcionalidad.**-Que entraña una exigencia de adecuación cuantitativa entre la finalidad que debe perseguir la técnica de ordenación y el diseño concreto de facultades.”

“**B.-Principio Pro Libertate.**- según la cual cuando una norma establece la potestad de intervención puede razonablemente optar entre varias medidas alternativas para conseguir su finalidad ordenadora debe elegir la que resulte menos restrictiva de la libertad individual de los sujetos sobre los que vaya ser empleada.”

De lo signado hasta aquí se evidencia que, si bien los principios que rigen la actividad de policía se pueden aproximar a los principios de la actividad de fiscalización, ello no podrá llevarnos a la idea de un traslado traspaso de los mismos, toda vez que por su esencia y naturaleza misma la actividad de fiscalización se rige por principios propios que se desarrollarán más adelante.

## **3. Evolución de la actividad fiscalizadora**

En este contexto cabe evidenciar que lo mencionado hasta aquí es necesario para poder sentar las bases teóricas de la naturaleza de la actividad de fiscalización en nuestro país y su evolución, lo que nos servirá para el desarrollo de la temática de la presente ponencia, ¿de cómo es que se da la fiscalización electrónica por parte de la Administración Pública a la luz del covid-19?

Así, en el Perú a efectos de estudiar la misma debemos partir en dos márgenes de tiempo antes y después de la emisión del Decreto Legislativo 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

En ese contexto la primera pregunta hacer es: ¿Cómo debe entenderse actualmente la fiscalización?

Al respecto, el profesor **IZQUIERDO CARRASCO** señala: *“La inspección administrativa consiste fundamentalmente en el desarrollo de una serie de actuaciones materiales de investigación y de contraste o examen directo e inmediato por parte del personal inspector acerca del grado de conformidad de la entidad con los deberes que le son aplicables”*

**“La actividad de la Administración en la que se examina la conducta realizada por los administrados para comprobar el cumplimiento de los deberes, prohibiciones y limitaciones a que están sometidos y, en su caso, prepara la reacción administrativa frente a las transgresiones que se detecten.”**

Así también, el concepto de la actividad de inspección está dado por lo que menciona **REBOLLO PUIG** para quien la actividad inspectiva debe perseguir el normal desenvolvimiento de la vida ciudadana en sus diferentes ámbitos, y justamente debe enfatizarse que **es una actividad para prevenir, frente al error de trasladar a la inspección reglas que solo tienen sentido ante el derecho punitivo estatal, según lo cual no cabe considerar que las actuaciones de inspección sean “diligencias preparatorias” a la sanción, ni tampoco perseguir de manera directa finalidades punitivas como si lo hace la potestad sancionadora, ya que esa calificación supondría distorsionar el significado jurídico de las medidas de inspección, dando por sentado que la actividad viene desde el inicio pre ordenada a un expediente sancionador.** De este modo ambas potestades la de la inspección y de la sanción, aun cuando en los hechos estén fuertemente ligadas, deben ser tratadas dogmáticamente de manera separada, mencionando que ello obedece a la diferente naturaleza de ambas y a los distintos fines que cada una de ellas posee.

Así teniendo en cuenta esta categorización veremos que antes de la emisión del Decreto Legislativo 1272, prolifero en la actividad de nuestras administraciones públicas un binomio equivocado de equiparar a la actividad de fiscalización con el de la sanción, lo cual afecto no solo la naturaleza misma de la actividad, sino que trajo nulidades de la actuación estatal.

#### 4. La fiscalización antes de la emisión del Decreto Legislativo 1272

El parámetro de la actividad de fiscalización de muchas de las administraciones públicas que poseen dichas facultades por antonomasia se ha sustentado en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General-LPAG. Así tenemos referente a lo regulado en la LPAG tenemos lo establecido en el Art. IV (1.16) y el 235° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, ley modificada, de acuerdo a lo siguiente:

**Art. IV (1.16).- El Principio de Controles posteriores.-** *La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de **la fiscalización posterior**; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.*

*Art. 235.- (...) Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación, e **inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.***

De lo expuesto, evidenciamos que antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, el primer parámetro de fiscalización de las administraciones públicas fue lo establecido en la actualmente modificada, Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General-LPAG, debido al mandato general y obligatorio que ella contiene, por lo que a partir de esto último las administraciones públicas antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, plasmaron sus facultades inspectoras muchas veces de forma contradictoria, equiparando así a la fiscalización con la sanción, y separando a la conceptualización de fiscalización y al de supervisión.

#### 5. El desorden de las concepciones de fiscalización en las instituciones públicas

De esta manera antes la actividad de inspección, antes del DL N° 1272 existía una dispersión normativa que se ha visto plasmada de manera diferente e incluso contradictoria denotando gran diversidad en la normativa de las diferentes entidades de la administración pública, lo que evidentemente ha tenido un impacto en el desarrollo de la misma e incluso en la desnaturalización de esta como en la seguridad jurídica.

Así, del equivocado esquema del binomio supervisión igual prevención y fiscalización igual sanción se ha visto trasladado en la coexistencia de contradictoria normativa sectorial teniendo las normas siguientes:

• **Art. 11 de La Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**

*b) Función Supervisora Directa.- Comprender la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas.*

*La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de obligaciones ambientales.*

*c) Función Fiscalizadora y sancionadora.- Comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y las de imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, de compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por OEFA. Adicionalmente comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.*

• **Art. 5 del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las actividades energéticas y mineras de OSINERGMIN**

*5.4 Función de supervisión.- Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el OSINERGMIN, o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o las actividades supervisadas.*

*Función de Fiscalización.- Comprende la facultad de realizar acciones de verificación de cumplimiento de obligaciones, conducentes a determinar la comisión de infracciones por parte del agente supervisado.*

• **Art. 5 y 24 del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Entidades Prestadoras de Servicios**

*Art 5.-La función supervisora consiste en la verificación del cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y contractuales referidas a la prestación de los servicios de saneamiento por parte de las EPS.*

*Art 24.-La función fiscalizadora y sancionadora permite a la SUNASS imponer medidas correctivas y sanciones a las EPS.*

Este esquema de dualidad parece responder a lo señalado en el Art. 235° de la Ley del Procedimiento Administrativo, ley actualmente modificada.

*Art. 235.- (...) Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrá realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objetivo de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.(...)*

Si bien la escasa claridad de dicho cuerpo normativo pudo conllevar a la redacción de normativa sectorial de acuerdo a los intereses, no es de obviar que detrás de esta hay un carácter artificioso en la distinción entre inspección, supervisión y fiscalización, cuando en realidad son lo mismo y que de forma amplia dentro de la fiscalización subyace el deber de colaboración que brinda cobertura, desde luego, a la facultad que tiene la Administración para exigir cierta información documental, realizar visitas de inspección y otros actos de investigación, las cuales deben estar previstas en la ley.

De allí ,que en palabras de **ZEGARRA VALDIVIA**: "*La supervisión es sinónimo de fiscalización y otros conceptos similares, y tiene unos fines más amplios que los reconocidos por la legislación administrativa*" (..) *En la normativa del sector eléctrico se incorpora el término "fiscalización" vinculado al ejercicio de la potestad sancionadora, como si pudiera tratarse de una categoría jurídica distinta a la potestad de supervisión, cuando en realidad es una actuación de idéntica característica a la vigilancia, comprobación e inspección".*

De la misma forma **BERMEJO VERA** señala que: "*las actuaciones de vigilancia, inspección, supervisión y fiscalización tratan todas ellas de lo mismo, es decir de actuaciones de la administración de comprobación o verificación de algo*"

No obstante, lo señalado, es de advertir también que hemos encontrado leyes en nuestro ordenamiento que incluso antes de la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, no partían de ese binomio equiparativo y equivocado de Supervisión = Prevención y Fiscalización= Sanción, y que han sido emitidas justamente antes del DL 1272 y observan la equiparación terminológica recogida por la doctrina más autorizada, entre ellas tenemos las siguientes:

- *Ley del Procedimiento Administrativo General: Art. IV y 32°*

*"Por la fiscalización posterior, la entidad ante que es realizado un procedimiento de aprobación automática o evaluación previa queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema de muestreo, la autenti-*

*cidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado"*

*Código Tributario = Art. 61°*

*"La determinación de la obligación tributaria efectuada por el deudor tributario está sujeta a fiscalización o verificación por la administración tributaria, la que podrá modificarla cuando constate la omisión o inexactitud en la información proporcionada"*

• *Ley de Inspección de Trabajo = Art. 3°*

*"Corresponde a la inspección de trabajo el ejercicio de la función de inspección y de aquellas otras competencias que le encomienden el ordenamiento jurídico socio laboral, cuyo ejercicio no podrá limitar el efectivo cumplimiento de la función de inspección, ni perjudicar la autoridad e imparcialidad de los inspectores de trabajo"*

## **6. La fiscalización: Características y funciones**

Es evidente, entonces que antes de la llegada de este Decreto Legislativo N° 1272, resultaba impensable la realización de una normativa homogénea y general; y es solo a partir de la emisión de este, es que las reglas resultaron más claras y su aplicación fue más homogénea en todos los regímenes. Lo que significó que actualmente tengamos un capítulo de Fiscalización, que en esencia busco equilibrar los poderes en el marco de la fiscalización y las garantías con las que cuenta el administrado frente a esta actividad de gran relevancia y envergadura.

De esta manera, doctrinalmente y legalmente se ha entendido por inspección a aquella actividad material de carácter técnico instrumental que tiene una finalidad muy relevante de prevenir, además de comprobar el cumplimiento de las obligaciones mediante la utilización de diversas técnicas de levantamiento de información que puede utilizar la administración, pero siempre dentro de la observancia de estos tres principios que ya se mencionaron anteriormente (Legalidad, proporcionalidad e igualdad).

Actualmente la fiscalización tiene un capítulo propio en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General de acuerdo a detalle siguiente:

### ***Artículo 237.-Definición de la actividad de fiscalización***

***237.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente***

***jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos. Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades. Por razones de eficacia y economía, las autoridades pueden coordinar para la realización de acciones de fiscalización conjunta o realizar encargos de gestión entre sí.***

*237.2 Independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas.*

Se evidencia entonces con esta redacción que la fiscalización tiene un carácter instrumental y esta característica predomina frente a las otras potestades administrativas, por ello el producto de la fiscalización puede servir de base para un expediente sancionador; Sin embargo, de ninguna forma eso quiere decir que la fiscalización represente una antesala o que siempre se desarrollará con respecto a las potestades de sanción y/o que este dada a la apertura de un expediente sancionador.

La inspección va a competir con otras técnicas de intervención que también servirán como actividad para el levantamiento de información. De tal suerte que, como consecuencia de esta actividad primordial, concreta y estricta opera además diferentes aspectos y características que se invisten como exigencias para dar seguridad al desarrollo de la misma. Así tenemos las siguientes:

- a) Origen normativo, que no deriva de relaciones jurídicas concretas*
- b) Potestad pública, al tratarse de una esfera jurídica de los particulares*
- c) Potestad reglada atribuida expresamente por ley, por lo que no cabe acudir a la potestad reglamentaria para atribuírsela.*
- d) Los particulares están sometidos al ejercicio de la potestad, es decir tienen el deber jurídico de soportar la intervención administrativa.*
- e) Ser irrenunciable e inalienable lo que implica que quien es titular de la potestad no pueda modificarla o renunciar a ella.*
- f) Se ejerce para servir un interés público, por lo que su ejercicio debe ser actuado a los fines a lo que se le atribuye*
- g) Su carácter es instrumental respecto de otras potestades administrativas*



Así pues, evidenciamos que el fundamento principal reside en cautelar la aplicación de las normas, lo cual indicará a su vez que las cosas van funcionando bien en la administración pública, lo que a su vez importa a todos, en términos de eficacia y eficiencia en la protección de los intereses generales por los sistemas jurídicos y cumplimiento de finalidades públicas por parte de la Administración pública.

## **7. El adecuado uso jurídico del concepto “fiscalización”**

Llegados a este punto, se hace evidente que ni en la supervisión, ni la inspección ni la fiscalización (como equivocadamente se lo ha distinguido ya que se trata de términos similares) se está ante un procedimiento administrativo, sino que se trata de actuaciones materiales que en el ejercicio de sus competencias hace la administración pública y que uno de los principales retos del derecho administrativo pasa por lograr una administración más ágil en el ejercicio de sus competencias y cumplimiento de finalidades; y que además al mismo tiempo resulte garantista.

Lo cierto es que la inspección comparte con otras técnicas de intervención el ser un mecanismo de levantamiento de información. Sin embargo, es de advertir que de todas las técnicas de levantamiento de información que posee el Estado, la única que se erige como una auténtica potestad pública es la inspección.

En ese sentido, actualmente según el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, tenemos conceptualizada la actividad de fiscalización de acuerdo a lo siguiente:

### *Artículo 237.-Definición de la actividad de fiscalización*

*237.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos. Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades. Por razones de eficacia y economía, las autoridades pueden coordinar para la realización de acciones de fiscalización conjunta o realizar encargos de gestión entre sí.*

*237.2 Independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas.*

En ese sentido, se evidencia pues que la inspección comparte con otras técnicas de intervención el ser un mecanismo de levantamiento de información. Sin embargo, es de advertir que de todas las técnicas de levantamiento de información que posee el Estado, la única que se erige como una auténtica potestad pública es la inspección.

De esta manera, es evidente que la actividad de inspección constituye el ejercicio de una potestad administrativa. Ello significa que puede ser construida como una situación jurídica activa o de poder, que habilita a la Administración a imponer conductas a terceros, mediante la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes.

La potestad de inspección implica una sujeción general a la misma, independiente de la posición particular que ostenten los ciudadanos.

Esto porque, no debemos olvidar que el desarrollo de la potestad de fiscalización, es el desarrollo de una actividad propia de las administraciones públicas y no un procedimiento administrativo como se había recogido en la modificada Ley del Procedimiento administrativo, que dio lo visos para la actual permanencia de esta desnaturalización en la diferente normativa sectorial.

La tesis expuesta se ve corroborada y complementada con lo que señala **IZQUIERDO CARRASCO** “*La inspección administrativa consiste fundamentalmente en el desarrollo de una serie de actuaciones materiales de investigación y de contraste o examen directo e inmediato por parte del personal inspector acerca del grado de conformidad de la entidad con los deberes que le son aplicables*”

Adicionalmente, de la lectura de tal articulado evidenciamos las finalidades de la actividad de fiscalización: (i) Conocimiento de la realidad, (ii) Detección de riesgos, (iii) Detección de irregularidades y (iv) Prevención general.

Bajo esa línea, es importante señalar que el que ahora exista un capítulo tan claro no solamente dota de seguridad en la conceptualización misma, sino que evidencia los deberes a los que se encuentra uno sometido y que a su vez es pasible de fiscalización.

En ese sentido la autoridad administrativa tendrá deberes tales como: (i) Informar a los inspeccionados sobre sus deberes, (ii) Advertir al inspeccionado sobre una situación irregular y dar un plazo de subsanación, (iii) Proponer medidas a los órganos competentes; (iv) Adoptar medidas provisionalmente en caso de urgencia y (v) Realizar actuaciones previas.

## 8. Perjuicios de la desnaturalización de la actividad fiscalizadora

Debemos partir por señalar que el fundamento de la observación y respeto a la institución de la actividad de fiscalización reside en cautelar la aplicación de las normas, lo cual indicará a su vez que las cosas van funcionando bien en la administración pública, lo que importa a todos, en términos de eficacia y eficiencia en la protección de los intereses generales tanto por las instituciones públicas competentes como por los sistemas jurídicos.

Ello, porque ni en la supervisión, ni la inspección ni la fiscalización se está ante un procedimiento administrativo, sino que se trata de actuaciones materiales y que uno de los principales retos del derecho administrativo pasa por lograr una administración más ágil y que al mismo tiempo resulte garantista.

Ahora bien, actualmente hemos sido testigos de una escueta reforma de la conceptualización de la potestad fiscalizadora, recogida actualmente en el TUO de la Ley del procedimiento administrativo general la cual no es suficiente por lo que no es menester decirlo que aún se necesitan reformas en los mecanismos formales de actuación de las diferentes entidades de la administración pública, siendo esto no una mera formalidad sino una exigencia constitucional que mire hacia las garantías en la ejecución de la misma y a la eficacia de ella.

De esta manera, el escenario peruano se esbozaba del modo siguiente:

Antes del 22 diciembre de 2016 (DL 1272)	Desde 22 de diciembre de 2016 (DL 1272)
Multiplicidad de reglas para la fiscalización administrativa	Establecimiento de reglas generales (capítulo de actividad administrativa de fiscalización) aplicables a todos los regímenes de inspección, fiscalización, supervisión
Inexistencia de una normativa homogénea y general.	Busca un equilibrio de poderes de fiscalización y garantías de los administrados
Riesgos: Abusos e ineficacia	Riesgos: Abusos e ineficacia

## 9. Fiscalización electrónica a la luz del COVID-19

Llegados hasta acá, es de señalar que es necesario entender y repensar a la fiscalización como aquella actividad material, de carácter técnico e instrumental, que tiene por finalidad primigenia prevenir y comprobar el cumplimiento de obligaciones, mediante la utilización de diversas técnicas de levantamiento de información.

En el ordenamiento peruano la gesta normativa actual de la potestad de fiscalización tiene como base legal general de habilitación para la inspección (fiscalización, supervisión, etc.) el Art. 2.10 de la Constitución Peruana que señala la posibilidad de ser sujetos a inspección o fiscalización por parte de autoridad competente se hace de conformidad con la ley.

Esto debido a que la administración requiere información sobre la realidad para la toma de decisiones, cumplimiento de finalidades; no obstante es necesario advertir que si bien la administración en el desarrollo de la actividad de fiscalización requiere de información del conocimiento de la realidad, no toda actividad administrativa de levantamiento de información supone actividad de fiscalización, ya que la misma debe realizarse dentro de ciertos parámetros entre ellos el de legalidad, esto porque la comprobación gira en torno de del cumplimiento o incumplimiento de las exigencias legalmente establecidas

Este escenario, es que el repensar el rol de la conceptualización de la potestad fiscalizadora se hace más que necesario, teniendo en consideración que sirve a la protección de los intereses generales, prevención, detección de riesgo, asistencia al fiscalizado, entre otros más aun cuando constatamos la poca bibliografía en el desarrollo del tema en nuestro país y que se plantea actualmente en imprescindible a la luz de los desafíos que implica la incorporación del estado peruano a la OCDE, ya que la actividad de fiscalización es una actividad altamente técnica que permite un conocimiento de la aplicación y cumplimiento de las normas que regulan cada sector.

# Herramientas para la instrucción eficiente del procedimiento administrativo\*

Sergio Verástegui Valderrama\*\*  
*Universidad de San Martín de Porres*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Procedimiento administrativo: Fase de instrucción / 3. Los actos de instrucción / 4. Derecho de acceso al expediente / 5. Formulación de alegaciones / 6. Carga de la prueba / 7. La actuación probatoria / 8. Los principales medios probatorios.

## 1. Introducción

La instrucción tiene un rol muy importante dentro del procedimiento administrativo. Para comprenderlo, debemos entender previamente qué entendemos por “procedimiento administrativo” o, cuando menos, revisar algunas claves que nos permitan arribar a una adecuada conceptualización.

En primer lugar, no debemos confundir al procedimiento administrativo como un mero conjunto de pasos a seguir o identificarlo sin más, con la mal llamada “tramitología” o con el formalismo burocrático. Sobre esto último, a pesar de sus indudables connotaciones negativas, debe tenerse en cuenta que, para bien o para mal, la burocracia estatal es uno de los pilares sobre los que se asienta la actuación del Estado.

En segundo lugar, debemos tener presente que el Derecho Administrativo juega un papel fundamental, debido a que es la disciplina jurídica que se ocupa en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración Pública, entendida como el brazo actuante del Estado, quién brinda los servicios y ejerce las atribuciones que les son asignadas para cumplir con las finalidades del Estado contempladas dentro del esquema de la Constitución.

---

\* Transcripción de la conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo y Gestión Pública, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 28 de enero del 2022.

\*\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio en AQL Asesoría Legal y Defensa Procesal. Fue abogado en las Autoridad Nacional de Servicio Civil – SERVIR. También fue abogado asistente en el Fondo de Empleados del Banco de la Nación.

Desde esta perspectiva, los trámites cumplen un rol importante en la medida que forman parte de los pasos a seguir en el procedimiento administrativo. Por tanto, este último no debe ser concebido como una situación abstracta, sino como una expresión del “derecho actuante” que sirve para prestar servicios y otorgar derechos, así como ejercer funciones propias del Estado.

En este sentido, el Derecho Administrativo siempre se fluctuará entre dos extremos entre los que deberá hallar un punto de encuentro: la consecución de fines públicos y la tutela de derechos ciudadanos. Esta confluencia es la que, en definitiva, va a determinar la estructura del procedimiento administrativo. Así, aunque los procedimientos son en esencia formales, también se regirán por reglas informales: celeridad y eficacia, de manera que las formalidades no constituirán una demora u obstáculo, pero tampoco determinarán un inadecuado funcionamiento de la administración o una justificación para una dilación indebida frente al administrado-ciudadano.

Por consiguiente, los procedimientos administrativos no son solamente pasos formales: son verdaderas reglas jurídicas que, a su vez, se encuentran regidas por los principios procedimentales recogidos, aunque no en forma taxativa, por la Ley del procedimiento administrativo general.

## **2. Procedimiento administrativo: Fase de instrucción**

Aunque existen diferentes concepciones acerca de lo que debe entenderse por procedimiento administrativo, todas resaltan su triple dimensión como regla de obligatorio cumplimiento para la Administración Pública, como garantía frente al ciudadano de que tales reglas serán cumplidas y como instrumento fundamental para el control de los actos de la Administración Pública.

Con respecto a la primera dimensión, el procedimiento administrativo aparece como el conjunto de actuaciones que debe agotar la Administración Pública para poder arribar válidamente a esa manifestación de voluntad con efectos jurídicos frente a los derechos e intereses del administrado e, inclusive, de terceros que constituye el acto administrativo. Es decir, para alcanzar ese resultado deben agotarse una serie de pasos, entre los cuales, el más importante es, a nuestro criterio, la fase de instrucción del procedimiento.

En efecto, si la finalidad del procedimiento administrativo es poder tomar una decisión con efectos jurídicos, la Administración Pública deben contar con los elementos suficientes para arribar a la decisión adecuada. Dicho sea de paso, se debe tener mucho cuidado con las decisiones que se toman

por las consecuencias jurídicas que estas traen consigo: La decisión que adoptará un funcionario al momento de emitir un acto administrativo deberá establecerse sobre la base de una plena seguridad, esto es, contando con la información necesaria que respalde su postura.

Por lo tanto, se requiere de una solidez jurídica, pero también de un análisis adecuado de los hechos: estos dos elementos irán de la mano y se reforzarán mutuamente durante toda la fase de instrucción.

En esta fase de instrucción la autoridad administrativa acopia los elementos necesarios (fácticos y jurídicos) para lograr su convicción (facultad de discernir) de la verdad material de los hechos, que es imprescindible para decidir el derecho aplicable en el caso concreto materia de análisis.

### **3. Los actos de instrucción**

Se distinguen dos actos: la aportación de datos y la actividad probatoria. La primera, tendrá como eje principal a los elementos con los cuales contará toda autoridad instructora al momento de iniciar alguna investigación o procedimiento administrativo. Así, la información e informes previos que se hayan dado, además de las normas, forman parte del acto de la aportación de datos. El segundo —aunque diversos autores unen estos dos actos en uno solo— explica cómo los datos recolectados pasarán por un filtro donde todos los documentos y la interpretación acerca de la jerarquía o la aplicación de alguna norma, pasarán bajo la criba la actividad probatoria. Esto es, los medios que permiten determinar la veracidad de la información o documentos aportados.

En síntesis, se debe tener un análisis adecuado de toda la información que se presenta en forma de normas. Este análisis podrá ser complementado a través de la actuación de medios probatorios en caso de que alguna autoridad administrativa no se encuentre totalmente convencida de la veracidad de los datos.

### **4. Derecho de acceso al expediente**

El administrado debe tener acceso permanente a la información que requiera y, a su vez, someterse al cumplimiento de determinados requisitos. Sin embargo, con el contexto actual de la pandemia de la COVID-19, el acceso a la información del expediente se ha visto en gran medida truncado, debido a que ha sido concebido para ser “presencial”, faltando todavía mucho camino por recorrer hacia la total disponibilidad “virtual” del expediente.

El acceso al expediente debe ser inmediato y dentro del horario de atención, con la posibilidad de poder revisar los archivos, aunque existen situaciones o excepciones en torno al acceso al expediente tales como la violación de la intimidad personal o familiar, la exclusión por ley y otras causas de seguridad nacional.

En esta línea, destaca el caso de los procedimientos disciplinarios porque están sujetos a determinadas restricciones, ya que tienen una determinada reserva de tiempo, antes de pasar a ser públicos. Esto implica que la Administración Pública debe ser diligente al momento de tramitar el expediente a fin de evitar exceder el plazo.

## **5. Formulación de alegaciones**

Las alegaciones pueden ser formuladas en cualquier momento. El procedimiento administrativo se rige por el principio de unidad de vista, lo que implica que no hay etapa preclusiva. Es decir, antes de arribar a la decisión final, el simple transcurso del tiempo no determina la imposibilidad algún elemento necesario para resolver.

El administrado en cualquier momento podrá formular alegaciones, aportar documentos o cualquier otro elemento que, precisamente, pueda contribuir a formar la convicción que conllevará a la Autoridad Administrativa a tomar una decisión.

## **6. Carga de la prueba**

La carga de la prueba se rige por la regla del impulso de oficio, donde explican que es la administración la interesada en obtener los medios probatorios con la finalidad de alcanzar una decisión administrativa.

No existe un monopolio en lo que se refiere al acopio de las pruebas, sino que también los administrados pueden aportar medios probatorios como, por ejemplo, documentos e informes, proposición de pericias o testimonios y hasta aducir alegaciones.

La Administración, por lo tanto, puede disponer de la actuación de determinados medios probatorios cuando no se tenga por cierto los hechos o en caso de que sea una exigencia de la naturaleza del procedimiento mismo.



## 7. La actuación probatoria

Se rige por el principio de concentración, lo que implica que toda la actuación probatoria debe llevarse a cabo en un solo período y no en distintos momentos del procedimiento. El tiempo previsto para esta fase no debe ser excedido, ya que está bastante delimitado por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Es importante indicar que, la autoridad tiene la facultad de rechazar medios probatorios; lo que, en principio, no representa una causal de nulidad del procedimiento. De lo contrario, se caería en el riesgo de prolongar excesivamente el procedimiento por la presentación y actuación de todo género de medios probatorios por los interesados.

Sobre este punto, no debe perderse de vista que los procedimientos están sujetos a un plazo de caducidad de nueve meses prorrogables en otros tres meses. Además, antes de llegar al límite de plazo se necesitará de una debida motivación, la cual consta de argumentos que contengan —o deberían contener— un gran asidero fáctico y jurídico. En suma, debemos utilizar los mecanismos de modo inteligente, pero no solo los de organización interna, sino que en aras de avanzar debemos optar por todos los necesarios.

De otro lado, existen hechos que no están sujetos a la actuación probatoria, entre los cuales se encuentran: los hechos públicos o notorios, esto se da por ejemplo cuando se produce un derrumbe y una casa se cae, la muerte de una persona o cuando llueve; los archivos de la entidad cuya sola existencia debería ser suficiente para impedir solicitar la misma información reiteradas veces. De otro lado, cuando se comprueba el ejercicio de las funciones —es decir, que ya fue objeto de investigación, informe o dictamen— ya no hay razón para actuar de nuevo sobre el mismo caso, lo que no impide su confrontación con medios probatorios ofrecidos por los administrados o aquellos que la Autoridad Administrativa ordenó actuar de oficio. Por último, se debe tener en cuenta que los hechos estarán sujetos a presunción de veracidad cuando la ley así lo designe, esto a su vez implica que ya no será necesario disponer de una actuación probatoria.

En el hipotético caso de que se considere la falsa alguna cuestión, el mecanismo que utilizaremos no será la mera negación, habrá que confrontarlo con otros medios probatorios o elementos de convicción que conduzca a la verdad de los hechos. Además, se debe acudir al área correspondiente con la finalidad de que se practique la debida fiscalización. De esta manera se demostrará —de ser el caso— que los documentos son falsos. Ahora bien, si se llegó a emitir un acto administrativo, pero tiene sus bases en hechos falsos; evidentemente, esto acarreará la nulidad del mencionado acto.

## 8. Los principales medios probatorios

El recabar antecedentes y documentos, solicitud informes y dictámenes, son algunos de los principales medios probatorios. Por tanto, resultará conveniente aclarar algunas diferencias formales entre dictamen y un informe.

El informe es una exposición de un hecho concreto, técnico o científicamente. Mientras que, un dictamen ira más allá de determinados hechos y bases científicas, objetivas y normativas, para proponer un curso de acción o una propuesta de decisión sobre determinados asuntos. A su vez, encontramos una carga valorativa en torno a estos dos medios que se puede confundir, ya que varios informes parecen dictámenes y viceversa.

La audiencia, por otro lado, es el uso de la palabra del administrado, interrogatorio de testigos y peritos. Es conveniente indicar que la oralidad no es, aún, una característica muy representativa del procedimiento administrativo. No obstante, no se debe temer a la realización de audiencias, toda vez que la comunicación con el administrado —sobre todo cuando se trata de procedimientos disciplinarios— es fundamental en la medida de permitir arribar a una decisión adecuada, donde en la mayoría de los casos los papeles son “muy fríos” debido a que plasman una realidad sobre la base de lo que puede entenderse a partir de la revisión documental. Lo que pueden manifestar los administrados podría cambiar totalmente el contexto de la situación. Así, no hay que temerles a las audiencias, ni mucho menos rechazar la comunicación.

Es posible, además, recabar informes por escrito, consultar documentos y actos. Del mismo modo, existen solicitudes de documentos entre entidades. Cuando se realiza la solicitud dentro de una misma entidad, se contarán con 3 días para que el departamento competente atienda el pedido; cuando se trata de un pedido a otra entidad, 5 días. En conclusión, el plazo no debe exceder de 10 días; si esto no se cumple, la Administración tendrá que decidir con los documentos que se tengan recabados.

Si revisamos otras opciones, por ejemplo, podemos solicitar medios probatorios a los administrados: información y documentos que coadyuvarán como un modo de aportación de medios de prueba. Sin embargo, hay algunos supuestos en que se restringe o constriñe esta facultad. No se puede solicitar al administrado información que tenga que ver con la violación del secreto profesional. Tampoco se pueden exigir revelaciones prohibidas por ley o de hechos que constituyen ante el administrado una autoinculpación teniendo como fin el querer asumir que ya tiene alguna responsa-

bilidad, corolario de la garantía de no declarar contra sí mismo: una de las garantías más antiguas del debido proceso. No será considerado medio probatorio aquel hecho que viole derechos constitucionales, en este último caso se plantean excepciones cuando algún administrado siente que se está violando su intimidad, sus derechos constitucionales o secreto profesional. Aquí es donde se pronuncia la administración encargada de evaluar si se acoge o no a la excepción planteada.

Partiendo del caso anterior, en caso la negativa a responder del administrado sea considerada por la Administración como suficiente para tener por verdaderos los hechos sobre los cuales se le está interrogando, podrá ejercer su derecho de defensa debido a que la situación descrita no genera convicción suficiente en la medida de que se tratan de materias sobre las cuales no se puede solicitar una prueba.

Volviendo al tema, cabe recalcar que es importante tener en cuenta que hay determinados informes que sí están expresamente establecidos en la legislación como obligatorios. También se encuentran los llamados facultativos que se estiman trascendentes para el esclarecimiento de las cuestiones que luego se resolverán. De este modo, se piden informes cuando el fundamento jurídico de un asunto administrativo sea discutible. Del mismo, cuando los hechos controvertidos son de tal magnitud que no pueden ser dilucidados con lo que se tiene recabado y se necesita de la opinión de un experto, es decir, una persona que sepa efectivamente de una materia determinada para arribar a una solución.

Por lo tanto, los informes deben aportar al criterio de la autoridad y deben tener conclusiones claras, expresas y concretas para atender todos los puntos que se han planteado, así como también determinar el curso de la acción a seguir. Llegando, así, a la conclusión de que se trabajará en la mayor parte de los casos con dictámenes en vez de informes. El objetivo es ayudar a tomar una decisión. En ese sentido, un informe debe tener un mensaje claro, de lo contrario dejará confundido a la autoridad. Por ello, la Autoridad Administrativa cuenta con la posibilidad de poder prescindir de los informes directamente o que puede citar al informante. En caso de que el informe se presente fuera de los plazos señalados anteriormente, se podrán recibir informes extemporáneos, pero siempre que sea anterior a la resolución y que guíe a tomar la mejor decisión.

Los testigos representan otro de los medios probatorios. Aquí el administrado asume la carga de la prueba de su comparecencia, que trata de la responsabilidad en torno a la presentación del testigo a testimoniar. Por ello, si los testigos no van, se prescindirá de su testimonio y no tendrán ningún efecto contrario al debido procedimiento porque quien asume la

responsabilidad de su comparecencia es el administrado. Todo lo anterior no significa que la Administración no pueda interrogarlo y obtener finalmente un resultado, ya que el careo es libre e incluso también se da en los casos de procedimientos trilaterales con otros administrados.

Finalmente, la Administración Pública no puede contratar peritos debido a que solicita informes a áreas técnicas y de preferencia a universidades públicas. El que ofrece los peritajes es el administrado, debe quedar muy en claro que la administración no lo hace; lo que sí puede pedir son opiniones especializadas, sobre todo de universidades.

# Sanciones administrativas en el ámbito de la energía: institucionalidad y vías de impugnación\*

Antonia Jorquera Cruz\*\*

*Universidad de Chile*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Concepto de la Superintendencia de Electricidad y combustible / 3. Atribuciones de la Superintendencia de Electricidad y Combustible / 4. Los actos administrativos discrecionales / 5. La aplicación de sanciones / 6. Principios del procedimiento administrativo sancionador / 7. El procedimiento sancionatorio / 8. Las sanciones por infracción.

## 1. Introducción

Contextualizando, el órgano fiscalizador del sector energético es la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC en adelante). Es un órgano administrativo que está funcionalmente descentralizado, tiene personalidad jurídica, patrimonio propio y se desconcentra territorialmente en direcciones regionales. Es un servicio dirigido por el Superintendente, quien es nombrado directamente por el Presidente de la República, siendo un cargo de su exclusiva confianza.

## 2. Concepto de la Superintendencia de Electricidad y Combustible

Cuando los autores analizan el origen de la SEC como institución fiscalizadora, muchos refieren que se tomó como guía el modelo norteamericano de agencias reguladoras independientes. Sin embargo, no es posible afirmarlo con completa certeza, pues cualquier cargo que sea otorgado de exclusiva

---

\* Transcripción de la conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 26 de febrero del 2022.

\*\*Abogada licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile y bachiller en Humanidades y Ciencias Sociales por la Universidad de Chile. Abogada asociada del Estudio jurídico Philippi Prietocarriosa Ferrero DU & Uría en el equipo de Energía, mercados regulados y TMT (Tecnología, medios y telecomunicaciones).

confianza —por parte del Presidente— evidentemente tendrá un vínculo muy directo con el gobierno de turno.

Aun cuando se trata de un órgano especializado, con competencias muy específicas en lo técnico, en general su funcionamiento institucional es muy positivo, salvo en algunos asuntos que preocupan solamente cuando son observados desde la perspectiva de los derechos de los administrados frente a eventuales situaciones de abusos cometidos por la administración.

Cabe señalar que por administrados se hace referencia a las entidades reguladas o a las empresas eléctricas, más que a los usuarios, esto se debe a que el diseño institucional apunta, principalmente a la protección de los usuarios. Sin desmedro de lo anterior, en algunos casos la decisión final, desde el punto de vista de la defensa de los derechos de los administrados, puede llegar a inquietar a las personas.

### **3. Atribuciones de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles**

El objeto de la SEC, establecido en la Ley N°18410, es fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y técnicas relativas a electricidad y combustibles. Por otro lado, el ordenamiento jurídico entrega muchas atribuciones en distintas materias que son muy diversas y que terminan estableciendo un universo amplio de actividades a cargo de la SEC. Por mencionar algunas de ellas: es el órgano que se encarga de conceder las concesiones eléctricas para la instalación de centrales hidroeléctricas, líneas de transmisión y distribución; otorga concesiones de servicio público de distribución y también tiene la función de interpretar administrativamente la normativa bajo su supervisión y fiscalización; tiene la facultad de fijar normas de carácter general y emitir normativa técnica; resuelve conflictos suscitados entre particulares o propietarios de líneas eléctricas y los dueños de los terrenos sobre los cuales se emplazan, entre otros.

Puede, continuando, resolver reclamos que son formulados por o en contra de particulares, consumidores y propietarios de instalaciones eléctricas. Tiene una función de instrucción, pues, está habilitada para emitir —valga la redundancia— instrucciones directamente a las entidades fiscalizadas, quienes se encuentran en la obligación de cumplir con estas directivas.

Tiene cierto grado de protagonismo en la asesoría técnica hacia el Ministerio de Energía y la posibilidad de proponer modificaciones normativas a nivel reglamentario. Posee un rol importante en el proceso de verificación de costos de explotación, que son parte del proceso de fijación de tarifas de

distribución eléctrica. Además, desempeña un papel preponderante en la fiscalización de la actividad de las distribuidoras eléctricas. Si bien fiscaliza toda la cadena de la producción eléctrica, así como su generación, transmisión y distribución; su actividad se concentra en la distribución puesto que, en el caso de la generación y transmisión, las interacciones entre los agentes del mercado pasan por el Coordinador Eléctrico Nacional, quien es el operador independiente del sistema, y por un sistema de solución de controversias específico —el Panel de Expertos de la Ley General de Servicios Eléctricos—.

En suma, además de la función fiscalizadora —que es la principal— la SEC ejerce funciones normativas e interpretativas, de solución de controversias entre privados y de otorgamiento de concesiones, certificaciones, permisos, etc. Todo esto genera algunas críticas al diseño institucional del sector eléctrico chileno.

#### **4. Los actos administrativos discrecionales**

La extensa discrecionalidad con la que cuenta este órgano fiscalizador genera cuestionamientos en la doctrina pues, sumado a la amplitud de las funciones que posee, las materias que está en obligación de fiscalizar son bastante extensas y técnicamente complejas, lo que tiene como resultado que sea difícil el control de su actividad en general, y no solo en materia de sanciones.

Es claro que los actos administrativos discrecionales necesitan contar con una debida expresión de los fundamentos que los motivan, es decir, que sea reproducible el razonamiento que lleva a la autoridad a tomar una u otra decisión. Este deber de expresar la motivación tiene que ver con el control por parte de los jueces durante el proceso de deliberación, caso contrario se produciría una aceptación constante de actos discrecionales sin motivación, es decir, caeríamos en un exceso de deferencia por parte de los tribunales hacia los órganos administrativos. Esto se da en algunos casos no por una intención positiva de hacerlo, sino por la dificultad de las materias que son sometidas al conocimiento de los tribunales ordinarios.

Cuando se hace referencia a la actividad de la SEC, lo mencionado líneas arriba se vuelve relevante debido a que la calidad de órgano de carácter especializado y técnico que tiene la SEC, a cargo de la fiscalización de una materia compleja en lo técnico y en lo económico, No puede ser argumento suficiente como para que los tribunales ordinarios se eximan de controlar la legalidad de los actos de la SEC bajo el argumento de la complejidad o de que se podrían estar inmiscuyendo en atribuciones propias del órga-

no fiscalizador. Esto, afortunadamente, no ocurre de manera abierta en el sistema chileno. Sin embargo, cuando se analiza la jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema en materia de impugnación de sanciones impuestas por las SEC, a veces no es evidenciable la realización de un razonamiento acabado, profundo o lo suficientemente completo como para convencerse de que los jueces realmente comprendieron el fondo de la materia en discusión, que es lo que motiva la aplicación de la sanción.

Se debe considerar que la norma chilena es bastante laxa al describir cuáles son las infracciones susceptibles de ser sancionadas. Lo peor, sin embargo, es que las Cortes tienen un historial más o menos marcado de ratificar sanciones que la SEC ha aplicado a los fiscalizados sin contar —necesariamente— con una norma que describa la conducta infraccional, con las exigencias de tipicidad que se acostumbra a observar en las sanciones, especialmente en el derecho penal, sino por haber infringido los principios establecidos en la Ley General de Servicios Eléctricos. Si bien estos principios son claros, están establecidos de tal manera que el destinatario principal es el Coordinador Eléctrico Nacional; sin embargo, los coordinados también se encuentran obligados a obedecer los principios de seguridad del sistema, de garantía de la operación económica y de acceso abierto a las redes de transmisión.

En ese sentido, tanto la SEC como las Cortes, validando ese criterio, tienen precedentes sancionando solo porque un determinado coordinado puso en riesgo la seguridad del servicio, aun cuando no existe una norma propiamente tipificada que determine la conducta estándar esperada.

## 5. La aplicación de sanciones

A nivel doctrinario se ha discutido mucho la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley de la SEC, particularmente en lo que se refiere a la facultad que se la otorga a un reglamento, y a normas infra legales, de establecer conductas sancionables<sup>1</sup>, es decir, que se acepte una tipificación dividida entre una norma legal —que en reiterados casos no hace nada más que consagrar un principio— y normas de rango infra legal que completan la descripción de la conducta sancionable.

El artículo 15 permite a la SEC sancionar infracciones a las leyes, regla-

---

<sup>1</sup> Artículo 15 de la Ley N°18.410: *"Las empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia, que incurrieren en infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas relacionadas con electricidad, gas y combustibles líquidos, o en incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia, podrán ser objeto de la aplicación por ésta de las sanciones que se señalan en este Título, sin perjuicio de las establecidas específicamente en esta ley o en otros cuerpos legales"*



mentos y demás normas relacionadas. La SEC utiliza este artículo para sancionar infracciones que resultan de difícil tipificación. Esto, a su vez, genera un conflicto pues, cuando, efectivamente, no hay una norma clara que señale qué conducta configura la infracción, los sancionados recurrentemente reclaman esta situación. Esta situación ha motivado una gran cantidad de recursos de inaplicabilidad por inconstitucional ante el Tribunal Constitucional.

Del mismo modo, otro inciso del artículo 15 señala que la SEC puede sancionar por el incumplimiento de las instrucciones y órdenes que ella misma imparte. Aquí encontramos cierta lógica, pero al mismo tiempo genera ruido. La SEC es un órgano habilitado para dictar normativa y, a la vez, puede interpretarla. El problema aparece cuando emite instrucciones y luego decide si éstas fueron acatadas o no en función de lo que ella considere correcto, toda vez que será legalmente correcto aquello que interprete la SEC porque es este órgano el encargado —que tiene la atribución— de interpretarla. Así, se generan situaciones complejas para los regulados.

En cuanto a la crisis sanitaria, y las repercusiones que ha tenido en más de un aspecto, debemos señalar un caso puntual. El Congreso Nacional, en el contexto del COVID-19, rápidamente promulgó una ley que dictaminaba la suspensión de cobros de las facturas por consumo de electricidad en los domicilios. De este modo, desde hace casi 2 años se suspendió la posibilidad de las empresas distribuidoras de poder cobrar las deudas por el servicio básico, lo cual evidentemente produce un descalabro importante en términos financieros, tanto para la distribuidora misma como para los siguientes en la cadena de pagos del mercado eléctrico: transmisoras y generadores.

La ley solamente decía que se suspendía el cobro a los usuarios. Todos los demás aspectos y efectos de esta suspensión fueron siendo definidos por la SEC a través de instrucciones a los fiscalizados, emitidas mediante oficios. En la actualidad, algunos de estos oficios han sido impugnados, y hay procedimientos sancionatorios que continúan en curso contra algunas empresas distribuidoras, quienes ponen en duda la constitucionalidad y la legalidad de la facultad para aplicar sanciones a conductas que sólo se definen en instrumentos infra legales, como las instrucciones y oficios de la SEC.

Algunos autores, por otro lado, dudan de la constitucionalidad del artículo 15. Sostienen que es inconstitucional la amplitud establecida para dar por satisfechas las exigencias de tipicidad. Consideran que no existe —

en la ley— una descripción concreta de la conducta sancionada, sino que solamente encontramos la clasificación de infracciones que establece los parámetros de gravedad que debe tener en cuenta la SEC al momento de determinar la gravedad de la infracción y, por consiguiente, la sanción específica a aplicar. Esto, nuevamente, resulta problemático desde el punto de vista de la impugnación de las sanciones.

Los alcances de la acción de reclamación contra las resoluciones sancionatorias de la SEC, que es un recurso de ilegalidad, son precisamente limitados a que en el procedimiento o en la resolución sancionatoria existan vicios de legalidad. Así lo ha sostenido la Corte Suprema al delimitar los alcances de esta acción, señalando que tiene la misma naturaleza que la acción de nulidad de derecho público que existe en Chile. La Corte estima que es equiparable, pues persigue el mismo resultado de la declaración de nulidad del acto reclamado por no apegarse al ordenamiento jurídico, al infringir alguna de las causales que se establecen para su validez. En ese sentido, equipara este tipo de acción con las anulatorias, en contraste con las acciones de plena jurisdicción. De esta manera, la reclamación disponible para los sancionados por la SEC es limitada, puesto que es una acción anulatoria. Solamente puede basarse en el hecho de que se haya infringido la ley por parte de Superintendencia al aplicar la sanción o en el mismo procedimiento sancionatorio.

Todo lo anterior sirve para entender la posición en la que se encuentra una determinada empresa en la actividad, que tal vez no sea una gran transnacional, sino una pequeña hidroeléctrica o una empresa que opera unos cuantos paneles solares. Tiene incidencia, además, con lo mencionado antes: en Chile nunca han existido tribunales contenciosos administrativos. La razón responde a cuestiones políticas e incluso doctrinales. Nunca se dictaron leyes para establecer estas instituciones y durante muchos años los tribunales ordinarios se negaron a conocer acciones contenciosas administrativas, por estimar que no tenían las competencias para resolverlas. Sin embargo, la realidad y la historia del proceso contencioso administrativo finalmente —en Francia por lo menos— fueron cambiando el criterio de la Corte y empezaron a considerar que tenían efectivamente jurisdicción sobre esas acciones contenciosas administrativas, pero estas se tramitan por acciones ordinarias ante tribunales ordinarios.

La existencia de una vía de impugnación de actos administrativos, que sea efectivamente una acción de plena jurisdicción, es materia de cuestionamiento. Por ello, cuando se tiene un procedimiento sancionatorio que tiene una recurribilidad limitada —como el reclamo de ilegalidad contra

sanciones aplicadas por la SEC— y no se cuenta con un proceso contencioso administrativo de carácter general, se van cerrando los caminos si la persona fiscalizada se encuentra en la posición de considerar que la sanción que se le está aplicando es injusta.

Frente a esta situación solo queda una salida o solución: solicitar el pronunciamiento de la Contraloría General de la República, quien tiene el control de legalidad de los actos administrativos. Sin embargo, con la Contraloría sucede la misma situación que ocurre con las Cortes, pues tiende a ser deferente con la entidad técnica y especializada en estas materias, es decir, la SEC. Evidentemente, puede resultar problemático desde la perspectiva de la teoría del derecho, debido a que se privan de las herramientas que ayudan a la protección de los derechos de los administrados. No obstante, aun con tal circunstancia, a nivel legislativo o político no se genera el suficiente ruido como para cambiar la situación. Probablemente esto responda a que los beneficiados resultan ser los consumidores, en otras palabras, los más perjudicados son las empresas eléctricas y los distintos participantes de los mercados de este rubro.

Dada la amplitud de las atribuciones de la SEC, y la forma en que se encuentran establecidos los requisitos de tipicidad, en general, la balanza termina por inclinarse por que las Cortes otorguen la razón a la SEC; cursando las multas en beneficio fiscal. De esta manera, el titular de prensa del día siguiente simplificará lo sucedido aludiendo a que ganó la SEC en defensa de los intereses de los consumidores.

## **6. Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador**

Sobre el procedimiento sancionatorio es necesario resaltar que en el ordenamiento chileno no encontraremos principios propios del PAS recogidos en una Ley. Por ello, se aplican los principios generales de la Ley de Procedimiento Administrativo, además de los principios del Derecho Penal, con matices. Por otro lado, las normas del procedimiento específico sancionatorio ante la SEC tampoco brindan lineamientos en el sentido que venimos comentando. En suma, el desarrollo de estas cuestiones se desenvuelve en el plano doctrinario y jurisprudencial, principalmente por la teoría del Derecho Penal.

A nivel doctrinal se ha generado una gran discusión a este respecto, especialmente debido a que las actividades que fiscaliza la SEC son de interés público. El servicio que proveen los fiscalizados es uno calificado expresamente como servicio público por la ley. En Chile no existen empresas esta-

tales eléctricas. La generación, trasmisión y distribución es llevada a cabo por empresas privadas, donde algunas requieren concesión, mientras que otras no. En ese sentido, algunas están más reguladas que otras, pero finalmente se le trasladan ciertos deberes que habitualmente, en la doctrina, son deberes propios del Estado. Resulta, pues, una justificación relevante —y de mucho peso— al momento de aplicar sanciones, a pesar de no satisfacerse siempre la tipicidad de las conductas que se sancionan.

Al tratarse de un servicio esencial, los tribunales tienden a favorecer a la SEC debido a que, en teoría, encarna los intereses de los clientes. A propósito de la aplicación con matices de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador, el Tribunal Constitucional —a pesar de no haber sido taxativo al indicar cuáles son los matices que se deben aplicar— ha dictado varias sentencias que consagran los principios más relevantes, afirmando sostenidamente que los principios constitucionales que inspiran el orden penal deben aplicarse al Derecho Administrativo Sancionador puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. Los principios más recurrentes son: de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y de *non bis in ídem*.

En el caso de los principios de proporcionalidad y de *non bis in ídem* se suscitan casos en donde se percibe que estos no son aplicados de la forma estricta como se esperaría. Uno de los motivos podría encontrarse en la amplia flexibilidad y discrecionalidad de la SEC para definir cuál es la conducta infraccional, el grado de afectación, la gravedad de la infracción y la determinación del monto de la multa. Toda esta situación provoca el cuestionamiento constante del efectivo cumplimiento de los referidos principios.

## **7. El Procedimiento Sancionatorio**

El proceso es bastante simple. La SEC parte de la formulación de cargos junto a la correspondiente notificación al presunto infractor, quien en un plazo determinado deberá presentar sus descargos en respuesta a los cargos imputados.

En la presentación de descargos el presunto infractor tiene la posibilidad de exigir a la SEC dar lugar a medidas probatorias. No hay un probatorio establecido previamente, sino que solo tendrá lugar cuando así lo solicite la parte presuntamente infractora. Posteriormente, la SEC tendrá que evaluar, dentro de los 30 días a partir de la última diligencia que haya ordenado en el expediente de la resolución, si sancionará o no la conducta, además de fijar el monto de dicha sanción.

Una vez dictada la resolución sancionatoria, el sancionado tendrá a su disposición la posibilidad de recurrir administrativamente ante la misma SEC. El recurso invocado para este fin es el de reposición, que suele ser una simple repetición de lo que se alegó en los descargos, pero que sirve como una suerte de estrategia procesal en favor de la persona sancionada. Este recurso debe ser interpuesto dentro de 5 días a partir de la notificación de la resolución sancionatoria. Tiene, además, el efecto de suspender el plazo para presentar la reclamación de ilegalidad ante la Corte. En ese orden de ideas, otorga el tiempo necesario para preparar la reclamación de ilegalidad.

La dificultad de la acción de impugnación ante la Corte de Apelaciones competente —reclamación de ilegalidad—, por otro lado, radica en que se necesita que el reclamante consigne una parte de la multa para que recién haya un control judicial de esa sanción; solo así será admisible el reclamo. Esto constituye una potencial traba al acceso a la justicia, pues el tope máximo de las multas que puede aplicar la SEC es de, aproximadamente, ocho millones de dólares.

Finalmente, el reclamo lo resuelve la Corte de Apelaciones y existe la posibilidad de recurrir contra esa sentencia ante la Corte Suprema. Sin embargo, el historial de las Cortes en estas materias se encuentra más inclinado a favorecer a la Superintendencia, debido a la dificultad técnica de la materia que se discute.

## **8. Las sanciones por infracción**

Vamos a ilustrar. Las sanciones que puede imponer la SEC por las infracciones a las normas de electricidad, gas y combustible pueden ser desde amonestaciones por escrito; revocación de autorizaciones, licencias o permisos; hasta el comiso de ciertos bienes, la clausura de algunas instalaciones y caducidad de las concesiones, además de aplicación de multas.

Las multas que puede aplicar la SEC dependerán de la gravedad de la infracción. A su vez, las infracciones se clasifican en: leves, graves y gravísimas.

Las infracciones leves son aquellas que contravienen cualquier precepto obligatorio —ni siquiera tienen que ser de rango legal— y que no constituyen una infracción gravísima o grave.

Las infracciones graves son aquellas que producen lesiones o representan un peligro para las personas o los bienes de una cantidad significativa de usuarios, amenazan la regularidad, continuidad, calidad o seguridad del

servicio que corresponda o involucran, además, peligro o riesgo de ocasionar una falla generalizada en el sistema eléctrico —o de combustible—. También constituyen infracciones graves la negativa remitir información a la SEC o la reiteración de infracciones leves.

Por último, las infracciones gravísimas son aquellas que producen la muerte o lesión grave en las personas, implican la entrega de información falsificada a la SEC, la afectación a la generalidad de los usuarios o clientes abastecidos por el infractor, o que se haya provocado una falla generalizada en el funcionamiento de un sistema eléctrico o de combustible, así como la reincidencia de infracciones graves.

Las infracciones leves pueden ser sancionadas por una multa de entre 1 Unidad Tributaria Mensual y 500 Unidades Tributarias Anuales (de 70 a 415 000 dólares). Las infracciones graves, por su lado, pueden ir desde 501 a 5 000 Unidades Tributarias Anuales (hasta 4,15 millones de dólares). Las infracciones gravísimas pueden llegar hasta las 10 000 Unidades Tributarias Anuales (8,3 millones de dólares aproximadamente). Cabe resaltar que todas estas multas son en beneficio fiscal, la determinación de la cuantía de la multa va a depender, en primer lugar, de la gravedad de la infracción. Evidentemente, con este marco normativo se genera un espacio de discrecionalidad importante, ya que la SEC cuenta con la potestad de aplicar distintos criterios a efectos de graduar la multa dentro de cada categoría.

Existen, además, circunstancias agravantes o atenuantes que la SEC —obligadamente— deberá considerar. Estas se encuentran detalladas en el artículo 16 de la Ley N.º 18410. Básicamente, implica considerar la importancia del daño causado o el peligro ocasionado con la infracción, el beneficio económico que haya obtenido el infractor con la infracción, el grado de participación del infractor, la conducta anterior —si es que se cuenta con sanciones anteriores por el mismo motivo— y la capacidad económica del infractor, lo último especialmente cuando se haya comprometido a la continuidad del servicio prestado.

Por otro lado, algunos de estos enunciados admiten demasiada interpretación, pues no establecen parámetros; con lo que todo queda a criterio y práctica de la Superintendencia.

La ley, continuando, no establece eximentes de responsabilidad. Éstas se rigen por las reglas generales, y resulta común que la defensa de las empresas sancionadas se centre en invocar situaciones de caso fortuito o fuerza mayor, especialmente tratándose de sanciones que deriven de fallas tales como el corte de suministro de una red de distribución debido a un árbol caído a consecuencia de una tormenta especialmente devastadora. Si bien

este último es un hecho completamente inusual, aun así, la SEC ha aplicado sanciones por estas interrupciones y la Corte ha validado dichas sanciones.

Además, cuando una infracción produce la interrupción o la suspensión del suministro de energía que afecta de forma parcial o total a las áreas de concesión de distribución, esto da lugar a una compensación que le corresponde pagar a la empresa infractora en beneficio de los usuarios, la cual es absolutamente distinta de la multa que deberá pagar en beneficio fiscal.

Respecto al límite temporal de la aplicación de sanciones, la ley establece que luego de transcurrido 3 años desde la fecha en que se comete la infracción, la SEC ya no puede aplicar sanciones. Existe toda una discusión doctrinaria al respecto, si este plazo se trata de uno de prescripción de la infracción, de un plazo de caducidad del procedimiento sancionador, o ambas. Si se tratara de un plazo de prescripción de 3 años, sería una prescripción especial que altera la regla general, la cual se basa en que la prescripción de las infracciones administrativas es la misma que las faltas en materia penal: 6 meses, siendo una prescripción muy corta. Si se tratara de un plazo de caducidad resulta más complicado, pues no existe una regla general en el derecho administrativo chileno.





# Uso de la tecnología en la Administración Pública Moderna\*

Italo Felix Dill'Erva\*\*

*Universidad Nacional Mayor de San Marcos*

*Universidad San Martín de Porres*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. Definición de Tecnología y Administración Pública / 3. La Transformación Digital / 4. Las Competencias Digitales / 5. El Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública / 6. El Gobierno Digital / 7. El Sistema Nacional de Transformación Digital / 8. La Confianza Digital / 9. Respuesta a las preguntas del público.

## 1. Introducción

El Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública se encuentra compuesto por cinco pilares centrales y tres ejes transversales. Justamente uno de estos ejes se encuentra relacionado directamente al gobierno digital.

El tema toma relevancia debido a que en la actualidad existe un uso masivo de las herramientas digitales, las cuales tienen como finalidad el poder llegar a todas las personas de las distintas partes del Perú en el contexto de la actual pandemia.

---

\* Transcripción de la conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo y Gestión Pública, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 29 de enero de 2022.

\*\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Magíster en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid (España). Egresado de la Maestría en Educación con mención en Gestión de la Calidad, Autoevaluación y Acreditación por la Universidad de San Martín de Porres. Escritor por la Escuela de Escritores de Madrid (España). Con estudios de postgrado en Europa y América Latina dentro de la especialidad de Derecho Administrativo y Administración Pública. Socio Fundador y Gerente General de la Consultora Italo Felix Abogados. Vocal del Consejo Superior de Justicia Deportiva y Honores del Deporte del Instituto Peruano del Deporte. Coordinador Distrital de la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de Lima Centro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Investigador certificado por el Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (CONCYTEC). Docente Ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villareal y Universidad Privada Norbert Wiener.

## 2. Definición de tecnología y Administración Pública

La tecnología es el conjunto de teorías y de técnicas que permiten el aprovechamiento práctico de conocimiento científico. Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española -DRAE- (2022) señala que, es un conjunto de instrumentos y procedimientos industriales de un determinado sector o producto.

Con frecuencia, en tema tecnológico es relacionado únicamente con los aparatos electrónicos, cuando en realidad se trata de mucho más que eso. La tecnología está relacionada con instrumentos y procedimientos propios de las revoluciones industriales que se han suscitado a lo largo de la historia de la humanidad. Si bien ya hemos atravesado la primera, la segunda y la tercera, actualmente es posible sostener que nos encontramos en proceso de una cuarta revolución industrial.

La tecnología a la cual se hace referencia debe ser llevada al ámbito de la administración pública. Esta última es definida como el ente gubernamental que administra los recursos de todos los ciudadanos de una localidad, con la finalidad de proveer servicios y desarrollar funciones establecidas por la Ley.

En ocasiones se suele confundir el concepto de Administración Pública con el de Gestión Pública y Organización Pública, cuando en la teoría y la práctica se trata de tres conceptos completamente distintos. La Administración Pública es el ente gubernamental, la entidad; dentro de este se encuentra la Gestión y Organización Pública. La Organización Pública, por un lado, esta relacionada con la parte estructural; mientras que, la Gestión Pública se vincula con la máquina operativa, es decir, donde empiezan a funcionar los once sistemas administrativos que se encuentran regulados en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Una administración pública con las características que acabamos de mencionar debe relacionarse con la tecnología, puesto que las sociedades son cambiantes y el Derecho, dinámico. Así, la Administración Pública de los años 1940 no será la misma que aquella de los años 1990 y mucho menos que la actual del 2022. Resulta evidente que se están utilizando nuevos recursos tecnológicos en las organizaciones tanto públicas y privadas.

En retrospectiva, si hacemos referencia a las revoluciones industriales que se han presentado a lo largo de la historia, la Primera Revolución Industrial entre los años 1760 y 1840 señalaba el tema de la mecanización, la máquina a vapor y la energía hidráulica; la Segunda Revolución Industrial de 1870 a 1914, la electricidad con una producción de masas y nuevas fuentes

de energía; por último, la Tercera Revolución Industrial —vigente, según algunos, desde el 2006 hasta la actualidad— presenta temas relacionados a la información a través de la automatización, las energías renovables, los autos eléctricos y las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC).

Dentro de todas estas etapas, el Perú se encuentra culminando una tercera revolución industrial, *ad portas* de ingresar a una cuarta; mientras que países como Japón, Alemania, entre otros, ya se encuentran atravesando esta nueva era.

No cabe duda de que en la actualidad la digitalización juega un papel importante, así como con el internet de las cosas, la nube, la robótica y la inteligencia artificial; contrario al plan nacional de productividad y competitividad del año 2018, el cual visionaba todos estos temas de la modalidad sincrónica todavía para el 2025 o el 2030, siendo la pandemia la causante del adelanto de todo.

### **3. La Transformación Digital**

La transformación digital es la reinención de una organización, a través del uso de la tecnología para generar eficiencia y eficacia, que son principios primordiales y rectores para la Administración Pública. Asimismo, al referirnos a la transformación digital, esta puede ser definida como la reorientación de toda organización hacia un nuevo modelo eficaz de la relación digital.

La confianza digital resulta fundamental en la relación que existe entre la Administración Pública y los administrados. De este modo, se podrá garantizar una organización más estable, eficiente y eficaz.

Sin duda, la transformación digital es un paso hacia la inteligencia artificial que requiere de características como flexibilidad, adaptación, anticipo e innovación. La gestión del cambio será un elemento fundamental en todo tipo de organización, así como en el ámbito público. Esta gestión empieza a través de una cultura organizacional que debe ser consolidada con la finalidad de que pueda ingresar a una gestión del cambio sólida, donde los servidores de Estado puedan tener una debida aceptación.

Existen cuatro pilares de una transformación digital: nuevos negocios, nuevas personas, nuevos procesos y nuevas tecnologías; todo ello sobre la base de la experiencia que se tiene. Cuando hablamos de los nuevos negocios hacemos referencia a los novedosos trámites administrativos que se pueden generar, puesto que la Administración Pública —como decía García Enterría— es una entidad puesta al servicio de la población, quie-

nes se dirigen hacia la Administración Pública es debido a que requieren de un servicio público para solucionar eventuales problemas que podrían suscitarse. Por ello, la Administración Pública debe tener un nuevo modelo, todo un plan novedoso para poder solucionar las demandas públicas que podrían presentarse. Sobre el segundo pilar debemos tener en cuenta que las personas representan su esencia, en las organizaciones —públicas y privadas— son el eje principal, el componente humano. Ellos son, pues, los que van a utilizar todos los mecanismos para llevar a cabo determinadas políticas, al igual que la ejecución, el seguimiento y la evolución correspondiente a estas.

Ocasionalmente, se les resta importancia a las personas. Esto es un grave error debido a que ellos representan un elemento fundamental y, por lo tanto, se les debe proteger, capacitar y perfeccionar a fin de que sean capaces de brindar un servicio de calidad en pro del administrado. En ese sentido, el ciudadano es el eje principal dentro de la Administración Pública. Se debe evitar perjudicarlo con, por ejemplo, procesos engorrosos; por el contrario, se debería optar por plantear procesos de mayor celeridad y simplicidad, tal y como se establece en el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Asimismo, los procesos deben trabajarse a través de diversos programas, pero estos deben ser explicados a los ciudadanos; ello implica que conozcan cómo deben ingresar a conocer la información de la que disponen y saber cuál es el transcurso del trámite administrativo que puedan necesitar. El uso de programas permite una transformación digital con base en la tecnología, que va a actuar como componente de lo que venimos manifestando: de nuevos negocios, nuevas alternativas de solución y nuevos servicios públicos. Además, también van a beneficiar a las personas que necesitan de estas herramientas y más aún en esta nueva modalidad del trabajo remoto.

Igualmente, se debe tener en cuenta que la transformación digital es un sistema funcional dentro de nuestra regulación. En enero del año 2020 se publicó el Decreto Urgencia N° 006-2020 que dio nacimiento a la transformación digital como un sistema funcional. De acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, se posee tanto sistemas funcionales como sistemas administrativos. Por un lado, los sistemas administrativos se encargan de observar todo el manejo junto a la parte operativa del aparato estatal, lo cual lleva el nombre de Gestión Pública. Por otro lado, los sistemas funcionales se ocupan de dar soluciones a los problemas públicos se puedan generar en determinadas administraciones, esto último aplica tanto de manera nacional, regional o local.

Se desprende que, la transformación digital con la que contamos en la actualidad es un sistema funcional que busca solucionar los problemas públicos que normalmente se presentan. En pocas palabras, la tecnología en la transformación digital permite observar todo un abanico de oportunidades que se van presentando paulatinamente. En nuestro país, algunas de estas oportunidades ya se están visualizando, tal es el caso del internet de las cosas, la analítica, las apps, la realidad aumentada, la robótica, los drones, entre otros más.

#### **4. Las Competencias Digitales**

Dentro de las competencias digitales, que debe tener tanto el ciudadano como el servidor público, está la creación de contenidos, la comunicación, las habilidades blandas, la seguridad *online*, el uso del sistema operativo que se utiliza dentro de la administración y, también, el manejo del tratamiento de la información.

La comunicación es un recurso fundamental que tienen todos los ciudadanos. Si esta no existiera, sería muy difícil emitir un mensaje y que otra persona sea capaz de recibirlo. Por eso, es importante que los servidores del Estado apliquen las tecnologías digitales a fin de poder comunicarse, puesto que en la actualidad no resulta necesario tener en frente a una persona para poder comunicarse con ella, debido a que ahora esto puede realizarse a través de plataformas digitales u otros medios que la tecnología provee con la finalidad de establecer la comunicación entre sus usuarios y, también, brindarles un servicio adecuado creando los contenidos correspondientes dentro del marco de la legalidad y aplicación de las habilidades blandas.

#### **5. El Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública**

Al hablar del Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública se tiene que encajar al gobierno electrónico, puesto que es uno de los ejes transversales que se aplican en la Administración Pública y que se trabaja dentro de la Presidencia del Consejo de Ministros a través de la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital, las cuales a su vez están a cargo de difundir los lineamientos y las directivas en toda la Administración Pública en general.

En la actualidad, cada Administración Pública tiene su líder digital, el cual se encarga de desarrollar todo el tema en torno al Gobierno Digital que anteriormente —antes del 2018— se denominaba Gobierno Electrónico. Otro eje transversal es el Gobierno Abierto, gracias al cual se potencia la

participación ciudadana y la transparencia. Asimismo, la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública establece el principio de la articulación interinstitucional o intergubernamental, que es la base fundamental para lograr una interconexión en toda la Administración Pública.

El Gobierno Digital, como se ha mencionado, es un eje transversal y se aplica dentro de los cinco pilares centrales. El primer pilar se encuentra relacionado a las políticas públicas, los planes estratégicos y operativos junto a todo lo que está a cargo del Sistema Nacional de Planificación Estratégica. El segundo pilar está relacionado con el presupuesto para resultados y tiene como órgano rector al Sistema Nacional de Presupuesto Público a través de la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas. El tercer pilar tiene incidencia con la gestión por procesos, la simplificación administrativa y la organización institucional, este pilar se encuentra ligado a la Secretaría de Gestión Pública que se encarga de supervisar todo el Sistema Nacional de Modernización de la Gestión Pública que pertenece al Presidencia del Consejo de Ministros. En el cuarto pilar está el servicio civil meritocrático a través del Sistema Nacional de Gestión de Recursos Humanos, que se encarga de custodiar todo el componente humano dentro de la Administración Pública. Por último, el quinto pilar concierne al sistema de información, seguimiento, monitoreo, evaluación y gestión del conocimiento que también está bajo la rectoría de la Secretaría de Gestión Pública. Actualmente, la Secretaría de Gestión Pública ha señalado que se encuentra trabajando la Política de Modernización de la Gestión Pública al año 2030 permitiendo tener otra visión, debido a que la actual se realizó en el año 2012 durante el gobierno de Ollanta Humana y en todo este tiempo ha sufrido variaciones.

Cuando se hace referencia al Gobierno Digital que permite el uso de la tecnología dentro de la Administración Pública, se debe señalar, también, que este tiene que ir acompañado de la gestión del cambio, el cual es un elemento fundamental debido a que, si las personas no tienen un cambio para la nueva Administración Pública, van a existir complicaciones. En el caso contrario, será posible una adecuación a las nuevas realidades que se tiene en la Administración Pública moderna.

## **6. El Gobierno Digital**

El gobierno digital es el uso estratégico de las tecnologías digitales y datos en la Administración Pública para la creación de valor público, que es esencial en todo quehacer cotidiano de la Administración Pública. Los trabajadores de la Administración Pública siempre tienen que procurar generar un valor público a los servicios que puedan brindar como administración.

De igual forma, el Gobierno Digital se sustenta en un ecosistema compuesto por actores del sector público, ciudadanos y otros interesados, quienes apoyan en la implementación de iniciativas y acciones de diseño al igual que en la creación de servicios digitales y contenidos, asegurando el pleno respeto de los derechos de los ciudadanos y personas en general dentro del entorno digital. Del mismo modo, es un conjunto de principios, políticas, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos utilizados por las entidades de la Administración Pública en la gobernanza, gestión e implementación de tecnologías para la digitalización de procesos, datos, contenidos y servicios digitales de valor para los ciudadanos. Es importante señalar que, al hablar de Gobierno Digital se hace referencia al valor público que se otorga, lo mismo sucede con el uso estratégico que debe ejecutarse dentro de la Administración Pública. Por ello, cada líder digital de las administraciones públicas tiene el deber de saber implementar y socializar la información dentro del aparato estatal con la finalidad de generar una suerte de "confianza" digital.

Por otro lado, al referirnos al Gobierno Digital es menester mencionar la regulación que van a requerir las actividades de gobernanza, gestión e implementación en materia de tecnologías digitales, identidad y servicios digitales, arquitectura digital, interoperabilidad, seguridad digital, y datos. Se deben coordinar, integrar y promover, además, la colaboración entre las entidades de la Administración Pública. Esto hace referencia al principio de articulación interinstitucional e intergubernamental que establece la propia Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública. Así, la colaboración que la Administración Pública tiene que desarrollar en sí misma no es soslayable, no es posible concebir entidades —pertenecientes a la Administración Pública— que se encuentren aisladas o totalmente autónomas. Si bien la norma señala que algunas gozan de autonomía política, administrativa y económica, esto no quita que también puedan trabajar de manera conjunta en lo concerniente a la articulación digital, sobre todo de las plataformas digitales con las que se cuentan en la actualidad.

En esa misma línea, se debe promover la investigación y desarrollo en la implementación de tecnologías digitales, identidad digital, servicios digitales, interoperabilidad, seguridad digital y datos. Por último, el Gobierno Digital debe promover y orientar la formación y capacitación en materia de gobierno y tecnologías digitales en todos los niveles de gobierno.

Dentro del Gobierno Digital se encuentra la identidad digital, que es aquel conjunto de atributos que individualiza y permite identificar a una persona dentro de entornos digitales. Un gran ejemplo de esto lo hallamos en las redes sociales, por eso hoy en día las oficinas recursos humanos verifican

en las redes sociales el perfil de las personas que mandan un currículum, a fin de conocer el grado de personalidad de los postulantes. En suma, es importante contar con una buena identidad digital.

Continuando, la gobernanza de datos cuenta con información que resulta de la representación dimensionada y descifrable de hechos o conceptos, los cuales son expresados en cualquiera de las formas apropiadas que permitan su procesamiento, almacenamiento, comunicación e interpretación. Los datos de la Administración Pública deben ser transparentes y abiertos.

La interoperabilidad es la capacidad de interactuar que tienen las organizaciones diversas y dispares para alcanzar los objetivos que hayan acordado, recurriendo a la puesta conjunta y común de la información y los conocimientos a través de los procesos e intercambios de datos entre sus respectivos sistemas de información.

De igual forma, está presente la seguridad digital que es el estado de confianza en el entorno digital, el cual es resultado de la gestión y aplicación de un conjunto de medidas proactivas y reactivas frente a los riesgos que afectan la seguridad de las personas y la prosperidad económica, social, seguridad y objetivos nacionales en dicho entorno.

Finalmente, la prestación de servicios digitales es responsable del diseño, la prestación y el acceso digital en todo el territorio nacional.

## **7. El Sistema Nacional de Transformación Digital**

En la actualidad se cuenta con un Sistema Nacional de Transformación Digital que fue aprobado en el 2020 —antes de la pandemia—, el cual consiste en el proceso continuo, disruptivo, estratégico y de cambio cultura que se sustenta en el uso intensivo de las tecnologías digitales, sistematización y análisis de datos a fin de generar efectos económicos, sociales y de valor para las personas.

El Perú cuenta con un sistema de transformación digital, un sistema funcional del poder ejecutivo conformado por un conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública y se promueven las actividades de las empresas, la sociedad civil y la academia, orientadas a alcanzar los objetivos del país en materia de transformación digital.

Cuando se habla del tema de transformación digital se debe hacer referencia a los actores que participan dentro de ella. Ellos permiten trabajar el aparato estratégico con la finalidad de diseñar nuevos modelos de servicios



públicos de trámites administrativos que deban brindarse dentro de la Administración Pública en el marco del nuevo contexto de la transformación digital. Esta se sustenta en la articulación de los diversos actores políticos y privados de la sociedad, además de abarcar de manera no limitativa las materias de gobierno, economía, conectividad, educación, tecnologías, innovación, servicios, sociedad, ciudadanía e inclusión y confianza digital.

El Sistema Nacional de Transformación Digital tiene como función fomentar e impulsar la transformación digital de las entidades públicas, las empresas privadas y la sociedad en su conjunto. Asimismo, fortalecer el uso efectivo de las tecnologías digitales, las redes y los servicios digitales por parte de los ciudadanos y personas en general. Así como impulsar la innovación digital, el fortalecimiento de una sociedad digital inclusiva y el ejercicio de una ciudadanía digital con deberes y derechos digitales de los administrados. Además, debe promover la economía digital, la competitividad, productividad e inclusión financiera en una sociedad digital. Para culminar, procura fortalecer el acceso y la inclusión a las tecnologías digitales en el país y la confianza digital, aumentando la seguridad, transparencia, protección de datos personales y gestión ética de las tecnologías en el entorno digital para la sostenibilidad, prosperidad y bienestar social-económico del país.

El Sistema Nacional de Transformación Digital está conformado por la Presidencia del Consejo de Ministros, quien lo preside a través de la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital, el Ministerio de Economía y Finanzas, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de Producción, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el CON-CYTEC, entre otros.

## **8. La Confianza Digital**

Es el estado que emerge como resultado de cuán veraz, predecibles, éticas, productivas, transparentes, seguras, inclusivas y confiables son las interacciones digitales que se generan entre personas, empresas, entidades públicas o cosas en el entorno digital, con el propósito de impulsar el desarrollo de la economía y transformación digital. De igual manera, la confianza es un componente de la transformación digital; tiene como ámbitos la protección de datos personales, la ética, la transparencia de la seguridad digital y la protección de los consumidores dentro del entorno digital. Con la confianza será posible generar interacciones digitales con la Administración Pública, la cual conlleva a tener todo un marco de transformación digital.

En conclusión, con gestiones de cambio sólidas será posible contar con organizaciones horizontales y planas, organizaciones más flexibles y globales, que se basan en el conocimiento, así como organizaciones que otorgan mayor autonomía a los empleados. Las organizaciones de hoy en día trabajan las metodologías más ágiles, con pensamiento crítico y creativo, con la gestión del cambio y, obviamente, con la gestión de las motivaciones.

## **9. Respuesta a las preguntas del público**

### **9.1. ¿Qué tan viable es la creación de plataformas en donde se establezca cuáles obras están concluidas, cuáles se están llevando a cabo por las municipalidades, así como los costos y plazos de ejecución?**

Existe una plataforma de transparencia económica. Además, dentro de la página de cada una de las administraciones públicas debería poder encontrarse esta información. En algunos casos pueden ser encontrados; sin embargo, en otros casos hay municipalidades que no tienen absolutamente nada desde el año 2019 hacia atrás. De igual manera, en los portales de transparencia económica del Ministerio de Economía y Finanzas se puede encontrar información acerca de las obras que se están llevando a cabo por el gobierno.

# Modernización de la Gestión Pública\*

Leyli Jeny Aguilar Ventura\*\*

*Universidad Nacional de Trujillo*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. El Estado peruano / 3. Teoría de la burocracia / 4. La modernización y la reforma / 5. Modernización de la Gestión Pública / 5.1. Principios orientadores de la Gestión Pública / 5.2. Problemática de la Administración Pública Peruana / 5.3. ¿Qué comprende la política nacional de modernización pública? / 6. Conclusiones

## 1. Introducción

Siempre resultará grato compartir el conocimiento fruto del trabajo docente que se desarrolla en la Universidad Nacional de Trujillo. Los temas que abordaremos se encuentran alineados con la modernización de la Gestión Pública, ahondando en puntos específicos que resultarán de gran interés y relevancia.

## 2. El Estado peruano

La importancia de recordar un término ampliamente conocido es responder a la pregunta ¿Cuál es la gestión que realiza el Estado a través de la Gestión Pública y cómo lo realiza? Por ello, partimos del concepto principal de lo que es el Estado.

El Estado, dentro de las concepciones que se han vertido, se define como una asociación de relaciones sociales entre instituciones con base en un

---

\*Transcripción de la conferencia virtual llevada a cabo en el Curso Especializado en Derecho Administrativo y Gestión Pública, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 29 de enero del 2022.

\*\* Abogada egresada de la Facultad de Derecho y CC. PP de la Universidad Nacional de Trujillo. Magister en Derecho Administrativo y Constitucional en la misma casa de estudios. Magister en Gestión Pública en la USMP. Además, es docente en la UNT y en el Instituto Académico de Gestión Pública (IAGP). A su vez, se ha desempeñado como árbitro en Contrataciones Públicas, asesora y consultora en diferentes instituciones públicas y privadas, directora de Promoción Académica y Cultural del Colegio de Abogados de La Libertad, presidenta de la Comisiones Especializadas en Mecanismos de Resolución de Conflictos y Contrataciones e integrante de la Comisión Especializada de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de La Libertad.

territorio, en donde ejerce su poder. En ese sentido, cuenta con tres elementos fundamentales: poder político, población y territorio.

El Estado, además, cuenta con una estructura, con un gobierno nacional, regional y local; este último entendido como municipalidades provinciales o distritales.

Luego, tenemos a los poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; además de los entes constitucionalmente autónomos. Toda esta estructura tendrá relevancia al momento de conocer la gestión de la modernización.

### **3. Teoría de la Burocracia**

Partiremos de la referencia o punto inicial de la modernización de la gestión pública. En palabras de la política de la modernización: se va gestando un cambio de paradigma, cambio que encuentra su punto de partida en la teoría burocrática que surge a partir del año 1940 ante las críticas hechas a la teoría clásica de las relaciones humanas. Esta teoría burocrática fue impulsada por Max Weber en respuesta a las teorías clásicas de la administración de empresas. En su teoría, nos dice, que a fin de que una organización pueda funcionar de manera adecuada, esta se debe implementar a través de su teoría de la burocracia. La postura tuvo gran relevancia por un largo período de tiempo, incluso es posible afirmar que aún persiste en varios países incluyendo el nuestro.

Cuando fue concebida se consideró una forma adecuada de organización, eficiente para el contexto en el cual se desarrolló. No obstante, con el tiempo comienzan a emerger nuevas doctrinas, propias del ámbito de la gestión pública. Con la llegada de las nuevas ideas, advertimos que la preminencia de normas y reglamentos pasan a ocupar un segundo plano. Las nuevas tendencias señalan excepciones —otorgando un lugar privilegiado a los derechos—, situaciones en las cuales la tutela de derechos permite que se “ignoren” determinadas normas.

Si una madre gestante, por ejemplo, estuvo aportando a un sistema privado o, en su defecto, al Minsa, pero luego acude a un establecimiento que no guarda relación con el sistema en el que ella es aportante, en el pasado no se le atendía. Lo mismo sucedía ante la no presentación de un documento imprescindible en una tramitación; ante la ausencia de este, no se le atendía.

Las situaciones descritas resultan propias del sistema anterior, donde la norma prevalecía por sobre cualquier derecho de los administrados. Posteriormente —como ya lo venimos señalando— llega un nuevo paradigma que va a reconocer la importancia de los derechos preexistentes, como el derecho a la vida presente en el primer supuesto.

Continuando, la teoría burocrática también representaba una crítica de la ciudadanía. Los administrados no sentían que estaban recibiendo un servicio de calidad y se encontraban frente a un Estado ineficiente, que no tenía al ciudadano como centro o prioridad. Todo este conglomerado de situaciones incómodas para los administrados son la causa del surgimiento de las nuevas doctrinas de la Gestión Pública. La finalidad es, evidentemente, contribuir al cambio de paradigma en donde el centro será el ciudadano, desplazando una teoría burocrática basada en reglamentos y formalismos, cuando el funcionario se limitaba estrictamente al cumplimiento de sus labores —lo señalado en los reglamentos— sin aportar mejoras continuas en los procesos de la entidad.

El servidor público no tiene porqué limitarse al cumplimiento de las funciones que se le asignan, no son convocados para manejar exclusivamente el sistema administrativo al que se encuentran adscritos. Si, por ejemplo, alguno de ellos forma parte del sistema de tesorería, no debe limitarse a conocer solo aquellas normas, sino que deber ir más allá y conocer la regulación de los demás sistemas administrativos. Lo que se lleva a cabo es un proceso articulado de la mano de las diferentes unidades orgánicas, lo cual a su vez se vincula con los diferentes sistemas administrativos e incluso con los funcionales.

Dentro de la modernización se plantea cambiar del modelo burocrático al concepto de Estado moderno. Para el cumplimiento de este objetivo, será necesario atravesar un proceso en el tiempo. Con la promulgación de la ley de modernización de la administración pública se inicia —en algún sentido— el cambio de paradigma. En líneas generales, se busca el beneficio del ciudadano, pues es el centro para la gestión pública. Esta afirmación nos lleva a reflexionar hasta qué punto los funcionarios y servidores públicos orientan su accionar en la búsqueda de brindar un mejor servicio al ciudadano, procurando que sea de calidad, otorgando mayores facilidades y evitando trabas burocráticas.

Se necesita, entonces, orientar el trabajo de las personas con la finalidad de identificar cuáles son las necesidades más recurrentes, simplificar los trámites, mejorar el funcionamiento y alcanzar resultados de manera descentralizada.

Si bien lo expuesto representa lo que se busca conseguir, nos queda una interrogante: ¿Cómo lo vamos a lograr? Lo haremos a través de los tres niveles de gobierno, de los organismos autónomos y de los poderes del Estado. Por ello, nos encontramos en pleno proceso de modernización y con esta finalidad se creó, precisamente, el sistema administrativo de modernización de la gestión pública, que será el encargado de impulsar las reformas que van a ser necesarias para poder innovar en las instituciones y optimizar la gestión y satisfacción de las diversas necesidades de los ciudadanos, generando un beneficio para toda la sociedad como conjunto.

La Presidencia del Consejo de Ministros es el Ministerio responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. Coordina las relaciones con los demás Poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y sociedad civil.

Le corresponde al Presidente del Consejo de Ministros: formular, aprobar y ejecutar las políticas nacionales de modernización de la Administración Pública y las relacionadas con la estructura y organización del Estado, así como coordinar y dirigir la modernización del Estado.

#### **4. La modernización y la reforma**

A continuación, vamos a identificar y separar dos conceptos: modernización y reforma. Si bien ambos implican un cambio, no necesariamente representan lo mismo. Cuando nos referimos a modernizar, hacemos alusión a un cambio gradual que se genera progresivamente, una mejora continua, un proceso en el tiempo. En ese sentido, debemos desarrollar una cultura de mejora continua, donde el individuo de la organización —el servidor civil— proponga dichas mejoras y las ejecute con la finalidad de conseguir una gestión más eficiente, enfocada en resultados.

Se necesita del recurso humano, pero no es suficiente, sino que los individuos deben contar con experiencia y conocimiento, así como aptitudes. Aptitudes que van a jugar un rol fundamental en el marco de los quehaceres de la gestión pública. En cuanto a los saberes, por otro lado, no nos referimos estrictamente a la formación de, por ejemplo, los egresados de las universidades, pues se busca conseguir la sapiencia propia de la especialización, esto es, conseguir la profesionalización del servicio. Para lograr este objetivo será necesario conocer los sistemas administrativos además de los funcionales; de estos últimos derivan las políticas públicas.

En la actualidad ya no basta un servidor civil que se límite solo —y exclusivamente— al cumplimiento de sus funciones. Por esta razón, las relaciones que se desenvuelven en el sector público tienen un carácter intersistémico e incluso intrasistémico. Si bien en nuestro país hemos optado por estos modelos, otros prefirieron seguir el camino de la reforma.

La reforma implica un cambio radical que se produce sustancialmente; al no necesitar de la cultura de los servidores civiles generará un alto costo. El presupuesto requerido resulta tal que el Perú no cuenta con la capacidad de adoptar esta reforma. He ahí la importancia de contar con personas que contribuyan con el proceso, servidores civiles que coadyuven al cambio que se requiere. Además, el servidor debe contar con la vocación del servicio, no basta con las competencias, debe demostrar empatía y amabilidad; en suma, ayudar a los administrados.

Los conocimientos, las habilidades y la actitud son tres elementos imprescindibles a la hora de desempeñar un rol protagónico en el proceso de cambio. Si los servidores civiles carecen de estos elementos no será posible avanzar en el camino de conseguir un Estado moderno.

La modernización, por lo tanto, implica un cambio de paradigma. Debemos pensar diferente para poder actuar diferente; en beneficio, por su puesto, de los ciudadanos. En ese sentido, el objetivo debe incluir la consigna de contar con servidores que no se limiten a cumplir con las actividades que se encuentran ligados al cumplimiento estricto de sus funciones, sino que deben buscar ir más allá, en sincronía con las metas institucionales. El plan estratégico institucional nos brinda un panorama más amplio a fin de conocer a dónde apunta la institución a mediano y largo plazo, de esa manera los funcionarios pueden apuntar en el mismo sentido y contribuir en el proceso.

Debemos, además, considerar y tener presente que el Estado representa el primer promotor de la persona humana; se encarga de tutelar sus derechos. Dentro de la política de modernización será necesario garantizar la mejor calidad de servicios posible para los ciudadanos. Estos últimos, hoy en día, exigen un Estado presente, activo y efectivo, que cumpla con sus funciones a lo largo y ancho del país. Una clara muestra de ello se suscitó en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19, pues la ciudadanía exigía respuestas rápidas por parte del Estado frente a la agobiante coyuntura que golpeaba a toda la población. En la misma línea, es importante destacar que el virus no solo afectó la salud, sino que tuvo graves repercusiones en la educación y en el trabajo.

## **5. Modernización de la Gestión Pública**

Aspiramos a alcanzar un Estado moderno que involucre concepciones tales como la de Gobierno Abierto, unitario, descentralizado e inclusivo. El objetivo, evidentemente, es conseguir un estado encargado de orientar, articular e impulsar las entidades públicas. El proceso, por añadidura, debe impactar progresivamente en el bienestar del ciudadano y el desarrollo del país.

### **5.1. Principios orientadores de la política de modernización**

**Orientación al ciudadano:** La razón de ser de la gestión pública es servir al ciudadano, en función a sus necesidades se establecen las intervenciones. Implica un estado dialogante, abierto a escuchar, y flexible para adaptarse a la diversidad de las preferencias y demandas.

**Articulación intergubernamental e intersectorial:** planificar y ejecutar acciones de manera articulada a nivel de sectores como niveles de gobierno, fomentando la comunicación y coordinación continua, en cooperación.

**Balance entre la flexibilidad y control de la gestión:** desarrollar una gestión ágil, eficaz, eficiente y oportuna, sin descuidar el control para el uso correcto de recursos y bienes públicos.

### **5.2. Problemática de la Administración Pública Peruana**

La raíz del problema la encontramos en el bajo desempeño del Estado, pues genera desconfianza e insatisfacción en los ciudadanos.

- a. Inadecuado diseño de la estructura de organización de funciones.
- b. Ajeno a la obtención de resultados para el ciudadano.
- c. Ineficiencias de los procesos de producción, de bienes y servicios públicos.
- d. Falta de seguimiento y evaluación de los resultados e impactos esperados.
- e. Carencia de sistemas y métodos de gestión de la información y conocimiento.
- f. Inadecuada política y gestión de recursos humanos.
- g. Carencias en infraestructura, equipamiento y logística de las entidades.



h. Dificultades para realizar buenos planes que se articulen con su presupuesto.

i. Débil articulación intergubernamental e intersectorial.

En ese sentido, resulta necesario hablar de la modernización de la gestión pública, pues el Estado se ha propuesto emprender un proceso de reforma integral de gestión a nivel gerencial u operacional.

### **5.3. ¿Qué comprende la política nacional de modernización de la gestión pública?**

En respuesta a la pregunta, debemos indicar que la política nacional de modernización comprende ejes transversales y pilares centrales. Estos últimos se dividen en:

1. Primer pilar: Comprenden las políticas públicas, Planes Estratégicos y Operativos a realizarse.
2. Segundo pilar: El presupuesto por Resultados, uno de los objetivos principales de la modernización de la Gestión Pública.
3. Tercer pilar: Gestión por procesos, la simplificación administrativa y la organización institucional.
4. Cuarto pilar: Servicio Civil Meritocrático, aquí observamos el rol protagónico que tiene SERVIR, pues representa el gran gestor del recurso humano de nuestro país.
5. Quinto pilar: Sistema de información, seguimiento, monitoreo, evaluación y gestión de conocimiento.

Con estos pilares, además de los ejes transversales como el Gobierno Abierto, Gobierno Electrónico y Articulación Interinstitucional, lograremos alcanzar el tan ansiado Estado Moderno.

Finalmente, debemos recordar los sistemas administrativos del Estado que van a desempeñar un papel fundamental en la modernización:

1. Servir: Gestión de Recursos Humanos
2. Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE): Abastecimiento
3. Dirección General de Presupuesto Público (DGPP): Presupuesto Público

4. Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGE-TP): Tesorería y endeudamiento público
5. Dirección General de Contabilidad Pública (DGCP): Contabilidad
6. Dirección General de Inversión Pública (DGIP): Inversión Pública
7. Centro Nacional de Planeamiento Estratégico (CEPLAN): Planeamiento Estratégico
8. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Defensa Jurídica del Estado
9. La Contraloría General de la República del Perú: Control
10. Secretaría de Gestión Pública (SGP): Modernización de la Gestión Pública

## **6. Conclusiones**

El sistema de modernización del Estado busca hacer de este un Estado eficiente, pequeño y moderno. Además, debe pasar por un conjunto de acciones en los tres niveles de gobiernos, como la profesionalización y capacitación de los servicios públicos. Se concibe, entonces, un Estado moderno orientado al ciudadano, unitario, descentralizado, eficiente, abierto e inclusivo.

# La labor del Tribunal del Servicio Civil durante el Estado de Emergencia Nacional\*

Junior Pichón De La Cruz\*\*

*Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas*

**SUMARIO:** 1. Introducción / 2. La Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR / 3. El Tribunal del Servicio Civil / 3.1. Conformación del TSC / 3.2. Competencia del TSC / 4. El Estado de Emergencia Nacional - EEN (2020) / 5. La labor del Tribunal del Servicio Civil en el EEN / 6. Precedentes del TSC en el marco del EEN / 7. Principales pronunciamientos durante el EEN / 8. Conclusiones.

## 1. Introducción

El presente artículo realizará un análisis sobre la labor que ha desempeñado el Tribunal del servicio civil dentro del Estado de Emergencia Nacional que bien sabemos inicio 16 de marzo de 2020 y qué pronunciamientos ha tenido respecto a los temas especiales que se produjeron como producto de esta Estado de Emergencia.

## 2. La Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR

Para empezar a hablar de este tema tenemos que hablar indudablemente acerca de lo que es SERVIR, esto es, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, ya hoy en día todos sabemos o tenemos una noción de qué es SERVIR, nosotros sabemos que esta es una entidad pública adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, creada mediante el Decreto Legislativo N° 1023, de junio del año 2008 y entró en funcionamiento en el año 2009.

---

\* Artículo realizado en el marco del I Congreso Internacional de Derecho Administrativo y Gestión Pública organizado por Amachaq Escuela Jurídica del 8 al 12 de noviembre del 2021.

\*\* Docente de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla - La Mancha (España), Magíster en Derecho con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y con estudios concluidos en la Maestría en Gobierno y Gestión Pública del Instituto de Gobierno y Gestión Pública de la Universidad San Martín de Porres. Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

El rol que tiene la Autoridad Nacional del Servicio Civil, consiste en formular políticas nacionales, emitir opiniones técnicas vinculante, dictar normas, supervisar el cumplimiento de las mismas y resolver conflictos sobre los recursos humanos del Estado, y justamente allí es donde radica la función del Tribunal. En la reforma del Servicio Civil estos resultados están planificados para el mediano y largo plazo y van a encontrar sus cimientos en las políticas de Estado suscritos en el acuerdo nacional, específicamente, aquellas relacionadas con contar con un estado eficiente transparente y descentralizado.

Entonces, nosotros sabemos que SERVIR es el ente rector del sistema administrativo de gestión de recursos humanos, nosotros también sabemos que según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, son 11 sistemas administrativos con los que se cuenta dentro del Estado y el sistema administrativo de gestión de recursos humanos es uno de ellos, y SERVIR es su ente rector. Como entidad técnico-normativa tiene las siguientes funciones: (i) Van a emitir reglas del juego, por decirlo de algún modo, va a establecer principios normas procedimientos técnicas e instrumentos que van a ser transversales para los 3 niveles de Gobierno. (ii) También va a supervisar el cumplimiento de estas normas, y (iii) Por último y no menos importante para resolver los conflictos, a través del Tribunal de Servicio Civil.

### **3. El Tribunal del Servicio Civil**

Mediante el Decreto Legislativo N°1023, se crea el la Autoridad Nacional del Servicio Civil como autoridad rectora del sistema administrativo de gestión de recursos humanos, pero no sólo SERVIR se crea con este Decreto Legislativo, sino también se crea el Tribunal del Servicio Civil como órgano resolutor dentro de SERVIR encargado de resolver las controversias individuales que se susciten dentro de este sistema administrativo, siendo competente para resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación en cuatro materias: 1. En materia de acceso al servicio civil, que está relacionado a la impugnación, por ejemplo, de concursos públicos de méritos, procesos de selección o nombramientos; 2. Evaluación y Progresión en la Carrera, que está relacionada, por ejemplo, a las licencias con o sin goce, a las evaluaciones de desempeño, entre otros temas; 3. Régimen Disciplinario, que constituye la gran carga procedimental de expedientes con los que cuenta el Tribunal del Servicio Civil, que está relacionado justamente a los procedimientos administrativos disciplinarios (PAD) dentro de las entidades públicas; 4. La Terminación de la relación de trabajo, que están relacionados aquellos aspectos vinculados a la conclusión del vínculo laboral, como por ejemplo, las cartas de vencimiento de contratos, los despidos que no sean por materia disciplinaria, la resolución contractual, etc.

### **3.1. Conformación del TSC**

La conformación de este Tribunal está constituida por un presidente y vocales por Salas, tiene una Secretaría Técnica, y la creación de salas son aprobadas por el Consejo Directivo de SERVIR. Cada Sala está conformada por 3 vocales, actualmente está en funcionamiento dos (2) salas del Tribunal, la Primera y la Segunda, está prevista una Tercera y una Cuarta Sala de implementarse tal vez en el 2022 o 2023, y el mandato de los vocales del Tribunal del Servicio Civil quienes acceden mediante concurso público es de 3 años, prorrogables por acuerdo del Consejo Directivo.

### **3.2. Competencia del TSC**

¿Qué competencia tiene el Tribunal del Servicio Civil? Inició sus funciones el 15 de enero 2010, cuando entró en vigencia su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, por lo que a partir de dicha fecha es competente para resolver los recursos de apelación en las materias de acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario, y terminación de la relación de trabajo.

Si bien el Tribunal, en materia disciplinaria, tiene competencia para resolver en segunda instancia los PAD, hay que precisar que según el artículo 90° de la Ley del Servicio Civil se delimitó esta competencia únicamente para resolver en segunda instancia aquellas medidas disciplinarias de suspensión y destitución, y ya no la medida disciplinaria de amonestación escrita, siempre y cuando se traten con las reglas aplicables de la Ley del Servicio Civil, la Ley N° 30057.

Desde el 15 de enero del año 2010, se instaló la Primera Sala, que tenía competencia en todas las materias que hemos mencionado previamente, solamente para entidades del Gobierno Nacional, y es a partir del año 2011 que se implementó la Segunda Sala, también la ambas salas tenían competencia para resolver todas las materias solo del Gobierno Nacional.

Es recién a partir del 1 de julio de 2016, que se resuelve ampliar la competencia a los Gobiernos Regionales y Locales solo en materia de régimen disciplinario. y finalmente a partir del 1 de julio de 2019, el Tribunal del Servicio Civil tiene la competencia para tramitar recursos de apelación en todas sus materias en los tres niveles de Gobierno.

Como hemos dicho, dentro de las funciones, además de resolver los recursos de apelación, también el Tribunal del Servicio Civil emite precedentes administrativos de observancia obligatoria, según lo que establece su Reglamento, el Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, así como el Texto Único Ordenado de la LPAG.

#### **4. El Estado de Emergencia Nacional - EEN (2020)**

¿Cómo es que ha evolucionado el Tribunal del Servicio Civil, como producto de esta denominada “nueva normalidad”? ¿Qué significó el Estado de Emergencia Nacional, como producto de la pandemia por la COVID-19?

Nosotros sabemos que el 15 de marzo de 2020, el entonces Presidente de la República Martín Vizcarra, declaró un Estado de Emergencia a nivel nacional, solamente en aquel entonces por 15 días calendarios, y dispuso el aislamiento social obligatorio -la llamada cuarentena- por las graves circunstancias que afectaban la vida de la nación como consecuencia del brote de la COVID-19. Con esta declaratoria de Estado de Emergencia se dispuso la restricción del ejercicio de diversos derechos constitucionales, específicamente aquellos relacionados a la libertad y la seguridad personal, la inviolabilidad de domicilio, la libertad de reunión, y la libertad de tránsito en todo el territorio nacional, estableciéndose diversas medidas para el ejercicio de estos derechos, asimismo, se reforzó el sistema de salud a nivel nacional.

Entonces, como producto del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de marzo de 2020, que declara el estado de emergencia nacional, se empiezan a establecer algunas disposiciones o medidas para efectos de la prestación de servicios públicos. En ese sentido dentro del marco normativo que empezó a emitirse como producto de este Estado de Emergencia Nacional, por ejemplo, se aprobó el Decreto de Urgencia N° 026-2020, que estableció diversas medidas excepcionales para prevenir la propagación del coronavirus, entre ellas, se implementó el trabajo remoto, que incluso hasta la fecha está vigente debido a reiteradas prórrogas normativas.

Es así que, con este marco normativo del trabajo remoto se facultó a los empleadores del sector público y privado, a poder modificar el lugar de prestación de servicios para poder implementar este tipo de trabajo; sin embargo, esta modalidad no resultaba aplicable a aquellos que tenían un diagnóstico confirmado por COVID-19, ya que contaban con descanso médico, y les correspondería la suspensión perfecta de labores, con la normatividad que en ese momento se encontraba vigente; es decir, se suspendía la obligación de prestar sin afectar el pago de sus remuneraciones.

Entonces, como producto del Estado de Emergencia Nacional han existido diversas regulaciones, como por ejemplo, el trabajo remoto, la aplicación de las licencias con goce o sin goce, como producto esta normativa, el retorno gradual al trabajo presencial que hasta el momento sigue en debate,

entonces hay varios asuntos o peculiares o particulares novedosos que nos trajo esta normativa como, por ejemplo, los denominados CAS-COVID, contratos especiales para personal de salud, sin que medie un concurso público.

## **5. La labor del Tribunal del Servicio Civil en el EEN**

En primer lugar, el mensaje a la nación brindado en marzo de 2020, que nos prohibía realizar actividades presenciales a partir del 16 de marzo de 2020, a través del cual empezó la cuarentena o la inmovilización social obligatoria, sin embargo, como se puede apreciar en la página del portal institucional de SERVIR, el Tribunal del Servicio Civil, ya tenía implementado un canal virtual y digital para realizar sus sesiones.

Sobre el particular, debe señalarse que esto ya se encontraba implementado, por lo que el Tribunal del Servicio Civil no paralizó sus funciones; como se aprecia en su Portal Institucional, se puede apreciar que en marzo y abril del año 2020, el TSC continuó sesionando, continuó resolviendo los recursos de apelación, porque hay que tener en cuenta que un recurso de apelación no es otra cosa más que una impugnación por parte de un servidor civil que no está conforme con la decisión de la entidad, entonces este Tribunal que ejerce esta facultad, está en la obligación de otorgar justicia administrativa a los impugnantes, a los administrados que vienen a ser servidores públicos, por lo que esta función no se podía paralizar, bajo la batuta de la entonces Secretaria Técnica Ana María Risi Quiñones, es que se continuó con la labor de este Tribunal y vamos a darnos cuenta que las labores no fueron interrumpidas.

Como por ejemplo, el 12 de abril del año 2020, a través de una nota periodística de Agencia Andina, se señaló que el TSC efectuó, desde marzo hasta esa fecha, 7 sesiones virtuales emitiendo un total de 453 resoluciones, por lo que me atrevería a decir que el Tribunal del Servicio Civil fue uno de los pocos tribunales administrativos que no paralizó sus funciones y continuó trabajando en beneficio de los servidores y funcionarios públicos, y en beneficio del sistema administrativo de gestión de recursos humanos sobre todo, resolviendo este tipo de controversias. Hay que tener en cuenta que, si bien es cierto, como producto de la inmovilización social obligatoria, no ingresaban recursos de apelación porque los plazos procedimentales se encontraban suspendidos, igual toda la carga que se encontraba pendiente se resolvió durante este tiempo, al grado de llegar a una carga cero, administrativamente hablando.

Entonces, estas resoluciones fueron notificados de manera digital a través del Sistema de Casillas Electrónicas, y esto ocurría ya desde el año 2017, por lo que no fue algo novedoso como producto de la pandemia, sino que se implementó mucho antes de este Estado de Emergencia Nacional, por lo tanto, las resoluciones eran notificadas de manera digital en las casillas electrónicas a las partes involucradas, y además, eran publicadas en el portal institucional de SERVIR. Este proceso digital de atención de controversias ha sido posible mediante su diseño y puesta en marcha, por la capacitación del personal en el uso de herramientas informáticas, la modernización de sus equipos, etc.

Todo lo antes señalado era posible gracias a las herramientas tecnológicas y digitales, que desde entonces contaba el Tribunal del Servicio Civil, es que los expedientes también se encontraban digitalizados, entonces por medio del trabajo remoto, el personal de este Tribunal ha podido realizar continuar con su labor. Asimismo, gracias a una efectiva comunicación con los servidores y las entidades, ahora pueden hacer seguimiento de su expediente hasta que sean resueltos y notificados mediante herramientas tecnológicas.

El TSC cuenta con herramientas digitales que permiten la transparencia de los procedimientos, como es la Consulta en Línea del Estado de Expedientes (CLEE), el Sistema de Casilla Electrónica (SICE) y el Expediente Digital de Libre Acceso (EDLA), entonces estas herramientas permiten que cualquier ciudadano pueda acceder a información para ver la resolución de un caso, a los administrados les notifiquen, mediante casilla electrónica, sus resoluciones, o las entidades públicas puedan acceder al expediente digital y ver todos los actuados o lo que se ha incorporado, y todo esto está al alcance de un click.

Del mismo modo, hay que tener en cuenta que el Tribunal desde inicios del 2020, justo antes de la pandemia por la COVID-19, ya tenía sistematizadas todas sus resoluciones, es decir, por ejemplo, si algún estudiante universitario desea hacer su tesis sobre algún tema que es materia del Tribunal Servicio Civil, coloca la materia, la submateria, el tema y subtema y el año en el cual desea filtrar las resoluciones, le da un click en “buscar” y aparecen todas las resoluciones sobre ese tema en específico, gracias a la digitalización y al avance que ha tenido el Tribunal con estas herramientas digitales.

Por lo expuesto, hasta este punto nos damos cuenta que el Tribunal del Servicio Civil ha sido uno de los pocos tribunales administrativos innovadores con estas herramientas tecnológicas que no ha paralizado su funcionamiento y que hasta la fecha continúa colaborando y aportando al sistema



administrativo de gestión de recursos humanos, a los administrados y a los servidores públicos, a través de estas herramientas que hay que tener en cuenta que ello permite la transparencia dentro de los procedimientos administrativos.

## **6. Precedentes del TSC en el marco del EEN**

Dentro del Estado de Emergencia Nacional, además de continuar con su labor resolutoria, el Tribunal del Servicio Civil, como producto de todas estas disposiciones tuvo la oportunidad de emitir precedentes administrativos de observancia obligatoria, durante este estado de emergencia nacional, como son los siguientes:

- **Resolución de Sala Plena N° 001-2020-SERVIR/TSC**

Respecto a la suspensión del cómputo del plazo de prescripción durante el estado de emergencia nacional.

Este precedente establece que en atención al Decreto de Urgencia N° 026-2020, se prevé una suspensión de plazos para los procedimientos administrativos, por lo que el Tribunal estableció que, desde el 16 de marzo de 2020 al 30 de junio de 2020, se encontraban suspendidos los plazos de prescripción tanto para el inicio del PAD, como el plazo dentro del PAD. Nosotros sabemos que según el artículo 94° de la Ley del Servicio Civil, existen 2 plazos de prescripción o tipos. La prescripción para el inicio, que puede ser 3 años desde ocurridos los hechos hasta el inicio del PAD; o desde un año que toma conocimiento la oficina de recursos humanos hasta el inicio del PAD. Y, por otro lado, tenemos el plazo de duración del procedimiento, es decir desde que se notifica el acto de inicio del PAD hasta que se emite la resolución de sanción, no puede transcurrir más de un (1) año.

En estos 3 supuestos es que se suspenden los plazos de prescripción, ello en este precedente para evitar que se genere impunidad dentro del aparato estatal.

- **Resolución de Sala Plena N° 002-2020-SERVIR/TSC**

Tenemos un segundo precedente que está relacionado al deslinde de responsabilidades por nulidad del Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) de la Contraloría General de la República, y el cómputo del plazo de prescripción del PAD derivado de un informe de control.

¿A qué se refiere esto? En el año 2019, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley N° 29622, que otorgó la potestad sancionadora la Contraloría, y por lo tanto, la Contraloría si bien es cierto mantenía su

potestad sancionadora, el TC declaró inconstitucional las faltas tipificadas los artículos 6, 7 y 8 de esta Ley, lo que impedía que se puedan procesar por infracciones por responsabilidad administrativa funcionarial. En ese sentido la consecuencia era archivar estos procedimientos administrativos sancionadores, retornaba esto a la entidad para que se haga el deslinde de responsabilidad interno, dentro de la propia entidad, a través del PAD y a través del régimen disciplinario de la Ley del Servicio Civil, sin embargo, salió la interrogante respecto del plazo de prescripción cuando el hecho se derivaba de un informe de control, desde un año que se recibía el informe hasta el inicio del PAD, pero el informe ya se había recibido antes por parte del titular de la entidad, en el cual les señalaban que ello lo vería el Órgano Instructor de la Contraloría, pero al concluir este PAS regresaba a la entidad.

Por lo tanto, el TSC estableció este precedente para señalar que el cómputo del plazo de prescripción se va a dar a través de la segunda comunicación, es decir, cuando por segunda oportunidad se remite el informe de control al titular de la entidad.

- **Resolución de Sala Plena N° 003-2020-SERVIR/TSC**

Tenemos en la Resolución de Sala Plena N° 003-2020-SERVIR/TSC, que regula aspectos relacionados a la falta administrativa relacionada al hostigamiento sexual, tipificado en el literal f) del artículo 49° de la Ley de Reforma Magisterial. Esto está vinculado al régimen disciplinario de la Ley de Reforma Magisterial de los docentes, los profesores, estableciendo determinados criterios.

- **Resolución de Sala Plena N° 004-2020-SERVIR/TSC**

En la Resolución de Sala Plena N° 004-2020-SERVIR/TSC, también está relacionado al Régimen de la Ley de Reforma Magisterial, en el cual se estableció que la tipificación de las faltas referidas al incumplimiento o a la transgresión por acción u omisión de principios, deberes, obligaciones, y prohibiciones, en el ejercicio de la función docente, son consideradas faltas leves, graves o muy graves, según los artículos 46°, 47°, 48°, y 49° de la Ley N° 29944, y también le va a resultar aplicable al docente que desempeñe cualquier otro cargo o función, esto dado que los docentes de este régimen laboral pueden realizar otra función como Director de una Institución Educativa, ser Jefe de Investigación Pedagógica, o Especialista en Educación, entre otros. Por lo tanto, con este precedente se establece que esas faltas o esas causales de amonestación, de cese temporal, o de destitución, también le son aplicables a aquellos docentes que ejercen estas funciones.

- **Resolución de Sala Plena N° 005-2020-SERVIR/TSC**

Se establece que las faltas leves deben estar reguladas en el RIS (Reglamento Interno de Servidores Civiles) y se tiene que hacer una distinción con las faltas previstas en la Ley del Servicio Civil, entonces el Tribunal señala que, con la finalidad de que un servidor tome conocimiento de esto, la entidad le debe comunicar el RIS al momento que se inicia la prestación de servicios o al momento en el que se actualiza a dicho documento de gestión. Por lo tanto, tiene que ser de público conocimiento dentro de mi entidad.

Asimismo, en este precedente se establece que aquellas faltas que ya están tipificadas en el artículo 85° de la Ley N° 30057, ya no pueden ser replicadas en el RIS, así como también que estas faltas contenidas en el RIS no pueden estar reguladas bajo el mismo supuesto y tampoco puede establecerse una medida disciplinaria mayor. Por último, se precisa que en el RIS no se pueden desarrollar faltas disciplinarias que tengan como consecuencia la suspensión o destitución de un servidor, únicamente puede regular faltas leves.

- **Resolución de Sala Plena N° 006-2020-SERVIR/TSC**

Esta precedente establece que para poder imputar una infracción de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Ley N° 27815, se tiene, además, que imputar la falta administrativa establecida en el literal q) del artículo 85° de la Ley del Servicio Civil, y no se puede imputar una infracción ética con una falta de la Ley N° 30057 excepto el literal q) del artículo 85°.

- **Resolución de Sala Plena N° 007-2020-SERVIR/TSC**

Este precedente está vinculado al carácter permanente del ejercicio de la función pública valiéndose de documentación información falsa. Lo que el TSC nos indica es que si una persona para acceder a la función pública se vale de algún documento con información falsa, ello infringe los principios de probidad, idoneidad, y veracidad, establecidos en la Ley del Código de Ética, que ello imputado junto con el literal q) del artículo 85° de la Ley del Servicio Civil, corresponde ser considerada como una falta de carácter permanente.

- **Resolución de Sala Plena N° 008-2020-SERVIR/TSC**

En este precedente se establecen cuáles son los actos impugnables en los concursos públicos de méritos, para el acceso al servicio civil, o también los concursos internos para la progresión en la carrera; entonces se señala que en los concursos públicos de méritos, proceso de selección, y concur-

sos internos, sólo son impugnables los actos definitivos, es decir, independientemente de la denominación que tengan, se les llame resultado finales, lista de ganadores, cuadro de méritos, cuadro final, solo estos son los actos impugnables y no otro documento que sea emitido con posterioridad al mismo.

- **Resolución de Sala Plena N° 009-2020-SERVIR/TSC**

Este precedente desarrolla un análisis sobre la falta disciplinaria en el régimen de los docentes, aquella regulada en el literal a) del artículo 48 de la Ley N° 29944, causar perjuicio a un estudiante o una institución educativa, en el cual se señala se debe justificar que se haya producido un perjuicio concreto al imputar esta falta, ya que no va a ser posible atribuir a un docente generar perjuicio con la conducta realizada, en otras palabras, imputarle la puesta en peligro de algún interés jurídicamente protegido. En ese sentido, se debe comprobar o acreditar el daño haya sido efectivo, es decir no estamos hablando de alguna amenaza inminente si no estamos hablando de un perjuicio ya materializado.

- **Resolución de Sala Plena N° 10-2020-SERVIR/TSC**

Este precedente está referido a la determinación de la autoridad que debe intervenir como órgano instructor, en caso de discrepancia con la propuesta contenida en el informe de precalificación. Nosotros sabemos que el secretario técnico elabora su informe precalificación, y supongamos que en ese informe precalificación se recomienda que la medida disciplinaria para iniciar el PAD es suspensión, a quien le corresponde ser órgano instructor es el jefe inmediato, pero qué pasa si el jefe inmediato recibe ese informe precalificación y ve que los hechos son tan graves que considera que correspondería una ,destitución y por lo tanto él no sería competente, entonces este informe lo deriva directamente al jefe de la oficina de recursos humanos, exponiendo los motivos por los que considera de que no le correspondería ser Órgano Instructor.

Ahora, si es que el jefe de la oficina de recursos humanos evalúa el mismo caso, e igual considera que tampoco es competente sino que le corresponde la suspensión, le va a corresponder a la máxima autoridad administrativa de la entidad resolver este conflicto de interés.

- **Resolución de Sala Plena N° 11-2020-SERVIR/TSCS**

Esta Resolución desarrolla un análisis sobre la coherencia y correlación entre la imputación realizada en la instauración del procedimiento y la sanción, como garantía del derecho de defensa. Aquí el TSC establece que establece determinados supuestos en los cuales se podría vulnerar este prin-

cipio de coherencia correlación entre acusación y sentencia como cuales:

- (i) Si se inicia un PAD y se le atribuye un hecho “A”, pero se lo sanciona por un hecho “B”, un hecho distinto, dicha situación vulnera este principio.
- (ii) Si se inicia un PAD, se le atribuye un hecho y se le sanciona añadiéndose a tal hecho otros que no fueron imputados, es decir se inicia por “A” pero se le sanciona por “A” y “B” también vulnera este principio.
- (iii) Un tercer supuesto que si se inicia un PAD, se le atribuye una falta administrativa y se lo sanciona por otra falta administrativa, también vulnera este principio.
- (iv) Se inicia el PAD, se le atribuye una falta, y se le sanciona al servidor atribuyéndose además otras, se vulnera el principio en mención.
- (v) Se le inicia PAD y se sancionar, sin que se precise el hecho o la norma, es decir no es precisa y clara todos los elementos de imputación también vulnera el principio en comentario.

## 7. Principales pronunciamientos durante el EEN

En este punto, veremos algunos pronunciamientos que han sido emitidos durante el Estado de Emergencia Nacional y que guardan relación con las instituciones jurídicas creadas en dicha etapa:

- **Resolución N° 001244-2020-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 24 de julio de 2020:**

Este caso tiene como materia el acceso al servicio civil (concurso público de méritos), en el cual un hospital convocó a un concurso para cubrir 72 plazas de médico especialista. El impugnante no obtuvo ninguna de estas plazas. Esto se da en el marco del Decreto de Urgencia N° 029-2020, el llamado “CAS COVID”, este régimen especial permitió que las entidades del sector salud contraten personal de salud porque era necesario, exceptuándolos de un concurso público, si bien algunos discrepan de este tipo de contrataciones, en el contexto de la pandemia por la COVID-19 resultaba necesaria debido a la urgencia con la que se requería el personal de salud, esto dado que, mientras se hace un requerimiento de contratación, se realiza la convocatoria, se celebra un proceso de selección, puede pasar incluso hasta veinte días o más, mientras culmina todo el proceso y no se atiende esta urgencia o emergencia.

- **Resolución N° 01444-2020-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 28 de agosto de 2020**

Este caso está referido a la guía operativa para la gestión de recursos humanos aprobada por SERVIR, en esta guía operativa se tenía como finalidad que los recursos humanos de las entidades continúen con el desempeño de sus funciones durante el estado de emergencia, siempre y cuando se gestione eficazmente la seguridad y salud en los servidores. Entonces las entidades se encontraban plenamente habilitados para proseguir con un concurso no siendo ilegal que se continúen los concursos públicos durante el estado de emergencia.

En este caso, el Tribunal del Servicio Civil precisó que cada entidad era responsable de determinar qué mecanismo o tecnología va a utilizar para continuar con estos procesos de selección en curso, no debiendo ser necesariamente lo indicado en la guía, lo cual establece un marco de referencia por ser una guía.

No obstante, cabe indicar que cualquier mecanismo elegido por la entidad debe salvaguardar en todos los casos la seguridad, salud, e igualdad de oportunidades. Es decir, se recomendaba que se usen canales virtuales, ello con la finalidad de evitar la presencia física de los postulantes a un concurso público.

- **Resolución N° 01460-2020-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 28 de agosto de 2020**

Este caso estuvo relacionado a una licencia con goce de haber durante el Estado de Emergencia Nacional, solicitada por un servidor a la Corte de Justicia de Amazonas para que se le conceda licencia hasta el 31 de diciembre de 2020.

Se le concede la licencia hasta el 7 de diciembre de 2020, sin embargo, para resolver este recurso de apelación el Tribunal tuvo en cuenta el marco legal vigente en aquel entonces, el Decreto de Urgencia N° 026, que autorizaba el trabajo remoto hasta el 31 de diciembre 2020, y se implementaban algunas medidas temporales y excepcionales, estas medidas no debían transgredir la finalidad del Decreto Legislativo N° 1505, esto es, el trabajo remoto en los casos que fuera posible, o proporcionar a los servidores equipos informáticos a efectos de ser destinado en calidad de préstamo para realizar el trabajo remoto, o la reducción de la jornada de trabajo o modificar el horario del trabajo.

Entonces, la finalidad era que las entidades garanticen que las áreas de trabajo garanticen que sus instalaciones cuenten con condiciones ambientales suficientes para mitigar la propagación de riesgo del virus, como consecuencia de la COVID-19, en ese sentido, era válido conceder la licencia siempre y cuando, por ejemplo, un servidor tenía sintomatología o había sido contagiado y tenía un diagnóstico positivo por COVID-19.

- **Resolución N° 000476-2021-SERVIR/TSC-Segunda Sala, del 5 de marzo de 2021**

Este caso se trata sobre la materia de régimen disciplinario, se le imputó a un servidor público haber incurrido en reiterada resistencia a las órdenes dispuestas por su superior, ya que no realizó el cumplimiento de actuaciones inspectivas, nos referimos a un inspector de SUNAFIL, encargado de la inspección y fiscalización laboral de las empresas.

El servidor alegaba que no se le podía obligar a realizar trabajo presencial, sin embargo, el Tribunal del Servicio Civil tuvo en cuenta que la Gerencia de Desarrollo del Sistema de Recursos Humanos de SERVIR concluyó que la labor de inspección de trabajo tiene que realizarse de manera presencial, ya que sí es una actividad esencial durante el estado de emergencia nacional, ya que debía supervisar si una entidad realmente estaba ejecutando el trabajo remoto o no, si es que estaba obligando a sus servidores a realizar trabajo presencial, o si efectivamente estaba tomando en cuenta las medidas sanitarias de distanciamiento, se cual tenía que corroborarse de manera presencial.

Entonces es en base a este criterio de la Gerencia de Desarrollo, y además lo regulado también en una Directiva de SUNAFIL, se establecía que para llevar a cabo labores inspectivas les iban a entregar equipos de protección personal, dispositivos, materiales e indumentaria para proteger a cada uno de los trabajadores de los riesgos de visita al trabajo presencial. En ese sentido, si bien la labor se realizaba de manera presencial, esa labor debía ser realizada bajo determinados protocolos, por lo tanto, fue declarado infundado recurso de apelación y fue confirmada la sanción impuesta contra esta persona.

- **Resolución N° 001704-2021-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 14 de octubre de 2021**

Este caso sobre régimen disciplinario, está vinculado a la falta administrativa prevista en el literal n) del artículo 85° de la Ley del Servicio Civil, sobre al incumplimiento del horario de trabajo y la jornada de trabajo.

El Poder Judicial, específicamente la Corte Superior de Justicia de Huánuco, imputó la falta 85 n) porque una servidora no había reportado de forma diaria sus labores remotas del 1 de julio al 16 octubre de 2020. Ahora bien, sabemos que los servidores cuando realizan trabajo remoto tienen que llenar una matriz para efectos de convalidar el registro de asistencia, sin embargo, resulta que esta servidora no reportó de manera diaria sus labores remotas durante este periodo, por lo tanto, la entidad le imputó que había incumplido con su horario de trabajo o su jornada laboral.

El Tribunal sobre este caso estableció que debe tenerse en cuenta que los servidores que realizan trabajo remoto no registran su asistencia, es decir, no tienen la obligación de registrar su ingreso y salida para el cumplimiento de su jornada de trabajo, siendo ello así, no resultaría posible que el servidor que realiza el trabajo remoto pueda incurrir en dicha falta administrativa, es decir, en la falta de incumplimiento de su jornada de trabajo.

Asimismo, la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil de SERVIR, determinó que la modalidad del trabajo remoto resultaba incompatible con el control de asistencia, toda vez que se busca que los servidores puedan desarrollar actividades en los horarios que mejor se adapten a sus actividades rutinarias, cuidando del balance entre la vida laboral y la vida familiar. En ese contexto, no era posible a una persona que realiza trabajo remoto imputarle a la falta prevista en el literal n) del artículo 85 de la Ley N° 30057, y por lo tanto, en este caso se tuvo que absolver o declarar la nulidad de todo el procedimiento por vulneración al principio de tipicidad.

## 8. Conclusiones

- Durante el EEN, el TSC ha continuado resolviendo controversias dentro del Sistema Administrativo Gestión de Recursos Humanos a pesar que se decretó el estado de emergencia nacional, ello producto de los medios tecnológicos con los que cuenta como el CLEE, el SICE y el EDLA
- Durante el año 2020 el TSC emitió 11 resoluciones de Sala Plena que constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria, lo que permitió definir determinados criterios en asuntos relacionados a las materias de su competencia.
- El TSC ha establecido criterios relacionados al trabajo remoto, la licencia con goce y sin goce de haber como producto de la COVID-19, el retorno a labores, el registro de asistencia, la incorporación de personal de salud sin concurso público (CAS COVID), entre otros, temas



que han resultado importantes para todo gestor de recursos humanos.

## **9. Bibliografía**

Decreto Legislativo N° 1023.

Decreto Supremo N° 040-2014-PCM.

<https://www.servir.gob.pe/tribunal-sc/tribunal-del-servicio-civil/>

Ley N° 30057.



# Problemas prácticos derivados de la Ley N° 31131 en el sector público a propósito de su declaración parcial de constitucionalidad\*

Luis Alberto Huamán Ordoñez\*\*  
*Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo*

**SUMILLA:** El interés del autor se centra en los alcances de la Ley N° 31131, voceada como derogatoria del régimen jurídico de personal CAS, lo que lleva al análisis de los aspectos medulares de tal regulación jurídica mostrando importante interés en los problemas prácticos nacidos de esta regulación jurídica de personal en las administraciones públicas.

**PALABRAS CLAVE:** Contratación administrativa de servicios, Sector público, conversión laboral, Ley N° 31131, fiscalización laboral.

**SUMARIO:** 1. La proyección de la Ley N° 31131 y la alegación de eliminación del CAS / 2. Respecto del objeto de la regulación jurídica materia de análisis / 3. Requisitos para la incorporación a otros regímenes de personal / 3.1. Realización de labores de carácter permanente en las administraciones a la entrada en vigencia de la regulación legal / 3.2. Contar con el tiempo establecido por el legislador / 3.3. Ingreso mediante concurso CAS o previa locación de servicios antes del CAS / 3.4. Reconocimiento de derechos a personal CAS renunciante para asumir contrato distinto / 4. Carácter progresivo de la ley / 5. Eliminación del carácter determinado de la contratación CAS y prohibición de contratación de personal en dicho régimen jurídico / 6. Implementación de la Ley N° 31131 / 7. Las disposiciones complementarias de la Ley N° 31131 / 7.1. Autoridad competente en relación con el cumplimiento de las condiciones legales, contractuales o convencionales del personal CAS ligadas a los alcances de la Ley N° 31131 / 7.2. Reglamentación de la Ley N° 31131 / 7.3. Modificación del régimen jurídico CAS.

---

\*Artículo realizado en el marco del Curso Especializado en Derecho Administrativo y Gestión Pública, organizado por Amachaq Escuela Jurídica el 28 de enero del 2022.

\*\*Abogado graduado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo - UNPRG. Miembro de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile ADAD (Chile). Con estudios de Maestría en Gerencia Pública por EUCIM Business School (España). Maestrando en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Huancavelica - UNH.

## **1. La proyección de la ley N°31131 y la alegación de eliminación del CAS**

Con fecha del 09 de marzo de 2021, se ha publicado en el Diario Oficial "El Peruano" la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público la que se entiende como una manera de eliminar jurídicamente el régimen administrativo de servicios (CAS) regulado en sus disposiciones jurídicas de contenido especial; no obstante, al parecer, tendría algunos problemas en su aplicación práctica que es necesario identificar por lo que, en orden a lo señalado, nos vamos a detener en esos puntos cruciales.

## **2. Respeto del objeto de la regulación jurídica materia de análisis**

En lo referido a lo que constituye el objeto de la ley consignado en el artículo 1º, éste radica en establecer un espacio de inserción del personal CAS en las administraciones públicas a nivel nacional, regional o local dentro del amplio espectro del régimen jurídico de la actividad privada. La precisión legislativa se decanta por la «huida del Derecho administrativo»<sup>1</sup> que empezó con el pronunciamiento del Constitucional al validar la constitucionalidad de este régimen jurídico de personal, inicialmente estatutario. Ahora bien, tal «huida» se proclama respecto de administraciones públicas cuyo régimen de personal se sujeta a la ley laboral privada siendo que, respecto de administraciones cuyo régimen es el de carrera administrativa, la inserción del personal CAS se hará en tal régimen jurídico y no en el de la actividad privada de modo que se produce, en cuanto a esto último, un visible regreso al Derecho administrativo con el cual se inició el régimen CAS. No obstante, dentro de los **problemas prácticos** que esta regulación genera, la ley no precisa la situación del personal CAS respecto de organizaciones jurídico - públicas con diversos regímenes de personal (regímenes mixtos) ni tampoco resuelve el viejo de los locatarios de servicios que aparecen excluidos del espacio de aplicación de esta ley.

## **3. Requisitos para la incorporación a otros regímenes de personal**

El artículo 2º de la ley se refiere a los requisitos para la aludida inserción, los que se entiende como transversales, pues se aplican con independencia del régimen público o privado al cual pasará dicho personal CAS lo que nos lleva a su análisis:

---

1 DEL SAZ CORDERO, S. (1994). La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones: Aplausos y críticas. Revista de Administración Pública, (133), 57-98.

### 3.1. Realización de labores de carácter permanente en las administraciones a la entrada en vigencia de la regulación legal

Este requisito nos exige un escenario previo, de carácter fáctico, como punto de partida para arribar a la inserción del personal CAS en las administraciones sin el cual no puede aplicarse lo que obliga a diferenciar las labores permanentes del personal respecto de las labores estacionales en las administraciones, estas últimas ligadas a proyectos y programas del Estado a las que, entonces, no le alcanza el contexto de la ley sometida a análisis en atención a la aplicación nada disimulada que del principio de causalidad laboral<sup>2</sup> toca hacerse. Sin embargo, más allá de tales precisiones, se presentan los siguientes inconvenientes:

Como primer **problema práctico**, la ley no determina quién es el encargado de determinar el carácter permanente de tales funciones desarrolladas por el servidor público las que, como es sabido, se han visto cubiertas con el manto aparente de la temporalidad sobre cuya determinación la jurisprudencia se ha mostrado vacilante atendiendo a que, en un inicio, el Constitucional se decantó por abogar por la temporalidad de funciones para luego esto descartarse por la jurisprudencia de las Cortes Superiores y de la propia Corte Suprema con un espacio de confirmación de temporalidad establecido por el Tribunal del Servicio Civil.

Por otro lado, otro **problema práctico** es que hay que enfrentarse a los instrumentos de gestión interna de las organizaciones que deberían haber sido modificados antes de la vigencia de la ley, con miras a dejar sentada la definitividad de las labores de los servidores públicos CAS, a efectos que calcen en el supuesto de hecho que constituye este primer requisito.

Lo que llevaría, como otro **problema práctico**, a que la autoridad inspectiva (en la permisón de la ley) o la autoridad judicial determinen que la prestación de servicios del CAS tiene o carácter de permanencia para recién solicitar se aplique esta ley al caso concreto por lo que, en realidad, no estamos ante un «pase automático» en las administraciones públicas.

De este modo, consideramos que la redacción de la ley en este aspecto contiene algunas inconsistencias que no calzan con el propósito del legislador, que es el de beneficiar al trabajador público, ya que se presentan todos estos escenarios contrarios a lo que constituye el propósito de esta regulación jurídica.

---

<sup>2</sup> TORRES TAFUR, C. N. (2011). ¿La mera indicación de la causa objetiva vulnera el derecho al trabajo? Exigencias del Principio de Causalidad en la contratación laboral a plazo fijo a propósito del voto mayoritario recaído en el Exp. N° 02766-2010-PA/TC. IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho, 1(1), 186-194.

### 3.2. Contar con el tiempo establecido por el legislador

Este segundo requisito determina el espacio de tiempo de desempeño, en calidad de CAS, dentro de las administraciones.

Llega a entenderse, en consecuencia, que para verse alcanzados por los efectos jurídicos de la ley, se debe desempeñar el trabajador público de manera continua por dos (2) años o discontinuamente por tres (3) años por lo que el legislador establece un mínimo para validar la conversión laboral.

No obstante, esto trae como **problema práctico**, la exclusión de quienes tienen un tiempo menor al regulado en la ley por lo que no podrían verse beneficiados de sus efectos quedando en el desamparo puesto que, en este escenario, su contratación migrará a locación de servicios o simplemente a no ver renovados sus contratos; por otro lado, otro **problema práctico** es que la expresión «Estos plazos se computan a partir de la fecha de la publicación de la presente ley» parece recortar el acceso a la ley pues se entiende que podría ser leída en cuanto a nuevos CAS (lo cual es un sinsentido) o también como el que, al momento en que se publique la ley, hayan alcanzado los plazos continuos o discontinuos en mención siendo esta última interpretación de mayor favorabilidad al trabajador público CAS.

### 3.3. Ingreso mediante concurso CAS o previa locación de servicios antes del CAS

En este punto, el legislador determina la plena exigencia de concurso para acceder a la administración. No obstante, como **problemas prácticos**, puede advertirse que existen situaciones en las que se ha contratado personal CAS sin concurso pese a no ser personal de confianza (omisión imputable al empleador) o situaciones donde se simula convocar personal como de confianza cuando no es esa su calidad laboral lo que conllevará a acudir al órgano judicial competente para superar tal entrapamiento antes de invocar la ley. Accesoriamente, la ley admite que se produzca la conversión laboral del personal CAS precedidos de locación de servicios lo que confirma otro **problema práctico** el cual es de la situación del personal locatario, mantenido como tal en las organizaciones públicas, que tampoco se comprende en los alcances de la ley.

### 3.4. Reconocimiento de derechos a personal CAS renunciante para asumir contrato distinto

El legislador acepta que los trabajadores que hayan renunciado a un contrato CAS para asumir un contrato distinto en el ínterin de la vigencia de la ley, les alcanzan los derechos ligados al carácter indeterminado de la

prestación de sus servicios en las organizaciones públicas. Dicha previsión, entonces, acepta la tesis de la unidad del Estado empleador de modo que se valora la propia contratación CAS y no la prestación efectiva de servicios distinta de la inicialmente realizada llegando a entenderse que han laborado, de manera continua, por dos (2) años o discontinuamente por tres (3) años.

#### **4. Carácter progresivo de la ley**

La inserción laboral, materia de análisis, no es la fuente de los deseos atendiendo a que su aplicación jurídica en el ámbito de las organizaciones públicas deviene en progresivo (cinco años, precisamente, el mismo período en que se iba a «eliminar» el CAS) más aún si se carece del reglamento para concretar los aspectos específicos de la ley lo que podría ser otro **problema práctico** dada la larga tradición de omisiones legislativas en materia reglamentaria -aunque parece contradecir este razonamiento el carácter autoaplicativo determinado por el legislador- que incluso han sido llevadas a los Tribunales y porque, además, debe analizarse tal permisión a la luz del principio de legalidad presupuestal, el cual no ha sido adecuadamente valorado por el Parlamento, de conformidad con la posición del Tribunal Constitucional español y nacional que han desarrollado, de modo pretoriano, este vital aspecto rector de la actividad administrativa.

Lógicamente, el legislador trata de poner paños fríos al asunto cuando echa mano de los alcances de diversas leyes estatutarias (Decreto Legislativo N° 276 y la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público) a efectos de determinar la auto organización de las administraciones públicas lo que deja abierto, a contraparte, un visible forado de discrecionalidad administrativa respecto de organizaciones públicas cuyo régimen de personal es el de la actividad privada tomándose en cuenta, a modo referencial, que se trata de una regulación no nacida para el Sector público.

De otro lado, la mención a los criterios ligados al orden de prelación, si bien se basa en una lista cerrada («antigüedad del contrato, edad, cuota de discapacitados e igualdad de género»), pueden ser interpretados discrecionalmente por lo que se espera que la autoridad administrativa empleadora no abandone los criterios jurisprudenciales desarrollados al efecto.

#### **5. Eliminación del carácter determinado de la contratación CAS y prohibición de contratación de personal en dicho régimen jurídico**

El artículo 4º de la ley se refiere a la eliminación de la temporalidad sin causa y la prohibición de contratación bajo el régimen CAS lo que, en buena cuenta, significa que la legislación referida a dicho contrato administrativo

de servicios pasa a ser indeterminada al mismo nivel de la contratación privada (obviando los espacios de la contratación modal y la generada a tiempo parcial) y de la carrera administrativa (excepto la de los contratados permanentes) de conformidad con sus regulaciones jurídicas específicas siempre que cumpla con los filtros antes desarrollados con los problemas prácticos que su aplicación conlleva.

Como lógica consecuencia de tal aseveración legislativa, se entiende que todo despido debe ser enteramente causado por lo que el legislador se decanta, de manera expresa, por la objetividad del despido<sup>3</sup> siendo que se entrega, al elemento jurídico indeterminado de la confianza, la terminación contractual del personal CAS de confianza reconociéndose la ausencia de causa justa en este aspecto (criterio ya desarrollado por los pretores aunque sujeto al vaivén jurisprudencial siempre constante) siempre que esta figura no sea utilizada para esconder relaciones laborales permanentes, como hemos sostenido líneas arriba.

Además, el legislador determina el cierre del régimen CAS a partir del 10 de marzo de 2021, lo que acarrea que el personal que ya se encuentra prestando actividad permanente en el Estado deba mantenerse en sus puestos con la expectativa de alcanzar el tiempo exigido por ley amén de los demás requisitos de proyección conjunta (no alcanzando al personal de programas y proyectos, dada su estacionalidad) resultando viable que el empleador proceda a la renovación contractual hasta llegar al momento exacto de la inserción laboral del personal CAS lo que, en buena cuenta, nos lleva a reiterar el que es inviable que se pueda hablar de un «pase automático» a los regímenes privado y público generales; en esta situación, la ley crea una situación expectativa ya que se entiende que en cinco años, la administración debe haber gestionado auto organizacionalmente todo lo necesario para concretar la ejecución de la ley.

De esta manera, no obra una desaparición del CAS sino su reducción a ámbitos específicos (unos detallados por el legislador y otros no) de manera que excluye al personal con prestaciones determinadas en el tiempo a los que incluso no les alcanza la tutela de reposición así como al personal CAS de confianza en cuanto hayan ingresado a prestar servicios inicialmente como tales.

---

<sup>3</sup> NEVES MUJICA, J. (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del tribunal constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral. *THEMIS-Revista de Derecho*, (67), 227-232.



## **6. Implementación de la Ley N° 31131**

El artículo 5° se aboca a la implementación de la ley, entendiéndose que no tendría impacto en el presupuesto público ya aprobado por el Parlamento, de manera que cada administración, mediante sus recursos ordinarios o directamente recaudados, debe efectuar un necesario ajuste a sus ingresos económicos para alcanzar el propósito legal lo que llevará a efectuar una labor delicada de manejo del presupuesto asignado a cada organización administrativa.

## **7. Las disposiciones complementarias de la Ley N° 31131**

La ley sometida a escrutinio también desarrolla, aunque con menor intensidad, diversos aspectos en los que conviene detenerse:

### **7.1. Autoridad competente en relación con el cumplimiento de las condiciones legales, contractuales o convencionales del personal CAS ligadas a los alcances de la Ley N° 31131**

La 1ª Disposición Complementaria Final determina la autoridad competente en cuanto corresponde al contexto de la ley referido, precisamente, al cumplimiento de las condiciones legales, contractuales o convencionales del personal CAS ligadas a los alcances de la Ley N° 31131.

De este modo, de manera expresa, el legislador abre una brecha en este espacio cerrado de la actividad administrativa inspectiva laboral la que asume tal competencia desde el 10 de marzo de 2021 entendiéndose que se produce, por tal mandamiento jurídico, la derogación tácita de las disposiciones jurídicas de la legislación en materia administrativa inspectiva que se oponga a la ley; en este punto, se hace la precisión de que se guía por un entero criterio de temporalidad ya que se encuentra condicionada al espacio en el que se haya materializado el proceso de implementación de la Ley N° 31131 (el de cinco años) llegando a entenderse que, una vez que esto ocurra, se volverá al cauce de la competencia inspectora solo respecto de los trabajadores públicos adscritos al régimen laboral privado.

### **7.2. Reglamentación de la Ley N° 31131**

El legislador establece, en la 2ª Disposición Complementaria Final, el plazo de sesenta (60) días de la entrada en vigor de la ley para la emisión de las disposiciones que desarrollen los alcances de la ley dentro de la actividad reglamentaria aunque sin precisar si será el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o la Autoridad Nacional del Servicio Civil quienes deben utilizar sus potestades reglamentarias para tal efecto. Más allá de lo

señalado, se determina el poderoso alcance de las disposiciones auto aplicativas emanadas de la ley aunque, como problema práctico, no se determina qué secciones de la ley son de tal calidad lo que obliga a efectuar, en buena cuenta, el análisis de cada artículo de la ley en procura de aclarar tal aspecto más aun tomándose en cuenta que hay aspectos de la ley que deben ser previamente dilucidados por la autoridad inspectiva o en su defecto por el juez laboral o contencioso - administrativo conforme al régimen de la administración empleadora y las reglas legales y jurisprudenciales de la competencia judicial.

### **7.3. Modificación del régimen jurídico CAS.**

La Única Disposición Modificatoria determina por un lado, como regla, el carácter indeterminado de la contratación CAS por lo que se supera el inicial alcance estatutario temporal consignado por el legislador así como la proyección laboral especial temporal dada desde la jurisprudencia. No obstante, a esta regla se opone un marco de exclusión atendiendo a que es viable de invocarse respecto de labores transitorias o de suplencia por responder a un entero enfoque de temporalidad en la contratación de personal; de este modo, las prestaciones determinadas no pierden su esencia a menos que nos encontremos ante escenarios de desnaturalización de tales prestaciones. De otra parte, se recoge legislativamente la causalidad del despido de modo que el empleador debe usar las faltas disciplinarias o las faltas graves, según se trate respectivamente del régimen laboral público o privado, para imputar responsabilidad del personal tendiente a desvincularlo de la organización administrativa.