

El Concepto de Entidad Pública en el Ordenamiento Jurídico Peruano y su Incidencia en el Régimen de Organización de la Administración Pública

Richard Martín Tirado*

"Dentro del aparato estatal peruano se puede distinguir la presencia de diversos organismos que cuentan con proyectos y programas para realizar sus objetivos. Todos ellos están englobados en el concepto de Entidad Pública, pero ¿qué se entiende por Entidad Pública? Dado que nuestro ordenamiento jurídico nos brinda distintas definiciones, el autor pretende esclarecer ello mediante el análisis y descripción de aquel concepto en la Administración Pública".

I. Introducción

En el Perú, existen razones históricas que justifican la estructura del Estado y como consecuencia de ello, el modelo de organización actualmente vigente. Desde esta perspectiva, en el presente trabajo, a partir de la evaluación del modelo de organización de las Entidades de la Administración Pública con el que actualmente se cuenta en el país, como consecuencia de las reformas estructurales planteadas desde los años 90 en adelante¹, se realizará el análisis del concepto de Entidad Pública en el ordenamiento nacional.

En el contexto descrito, se podrá identificar la articulación existente al interior del Poder Ejecutivo entre los Sectores liderados por los 18 Ministerios que se configuran en el Estado Peruano (incluyendo a la Presidencia del Consejo de Ministros), y el resto de las Entidades (con o sin personería jurídica) que existen al interior de aquel, incluyendo aquellas categorías como los Programas y Proyectos de contenido presupuestal.

Para entender el funcionamiento del Estado Peruano, se requiere en forma inevitable conocer su estructura y funciones, que exceden la clásica división de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, tal como lo demuestra el surgimiento de Organismos Constitucionalmente Autónomos² que realizan funciones especiales e independientes a las que tienen a su cargo los poderes antes señalados, así como el fortalecimiento de los niveles de Gobierno Regional y Municipal en el marco del proceso de descentralización.

Asimismo, resulta indispensable conocer cuál es el concepto que utilizan normas tales como la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, el Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, entre otras, hasta llegar a la Directiva N° 002-2010-PCM/SGP, aprobada por la Resolución N° 734-2010-PCM, para definir a las Entidades Públicas.

Una vez realizada la evaluación correspondiente, se podrá advertir que en el régimen de organización del Estado peruano, hasta antes de la publicación de la Directiva N° 002-2010-PCM/SGP, no existía una definición unívoca de Entidades Públicas, pudiendo inclusive considerarse como tales a los Programas y Proyectos pertenecientes al Poder Ejecutivo, los mismos que carecen de personalidad jurídica.

Finalmente, se analizarán los elementos que han sido considerados para la elaboración del concepto de Entidad Pública establecido por la Directiva N° 002-2010-PCM/SGP, formulando las críticas correspondientes a las omisiones e inconsistencias que pudiesen observarse en el contenido de dicho documento.

II. Estado y Gobierno Peruano

2.1. Las Tres Funciones del Estado. La Función Administrativa. Administración Pública y Poder Ejecutivo

En el marco de la teoría constitucional del Estado, el concepto de unidad del poder, es clave para comprender la existencia del Estado como la organización jurídica del poder público³.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Gestión Pública por la Escuela de Gerencia Continental en convenio con el Instituto Ortega y Gasset de la Universidad Complutense de Madrid. Estudios de Maestría en Derecho Internacional Económico en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vice Ministro de Asuntos Administrativos y Económicos del Ministerio de Defensa. Fue Secretario de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros y Secretario General del Ministerio de Justicia y el de Energía y Minas. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Socio del Estudio Martín Consultores Abogados.

1 Ver más ampliamente, CORTAZAR VELARDE, Juan Carlos. En: "La Reforma de la Administración Pública Peruana (1990-97). Conflicto y estrategias divergentes en la elaboración de políticas" Instituto de Políticas Sociales, Lima, 2007.

2 CORTAZAR VELARDE, Juan Carlos, señala lo siguiente al respecto: "En el marco del programa de estabilización y de las reformas estructurales de la economía tendientes a la liberalización de la actividad económica, el gobierno emprendió la reforma o creación de determinadas entidades cuyas funciones estaban vinculadas al logro de los objetivos del programa económico", Ob. Cit. pág.22.

3 Al igual que en el Perú, BREWER – CARIAS, Alan señala que: "Si algún valor tiene el principio de la separación de poderes en Venezuela, es el de la "separación orgánica" de poderes, en el sentido de que, constitucionalmente, en cada uno de los tres niveles de organización política del Estado (nacional, estatal y municipal) hay una separación

Precisamente, el poder público se ejerce a través de las denominadas “funciones” del Estado, reconociéndose la existencia de tres funciones primordiales del Estado: la ejecutiva, la legislativa y la jurisdiccional, así como la existencia de tres “poderes públicos” o instituciones representativas, que ejercen formalmente dichas funciones: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial o Jurisdiccional⁴.

No obstante ello, y dentro del esquema tripartito o clásico de las funciones primarias del poder, ha surgido una corriente que reconoce la existencia de una función más, la misma que es transversal a todas las instituciones públicas, y que se encarga precisamente de la administración o de la gestión de los medios materiales y la acción estatal dirigida a la consecución de los intereses públicos. Dicha función es la denominada “función administrativa” la misma que está encargada de la gestión de los asuntos de la administración del Estado y de los asuntos públicos.

El ejercicio de la función administrativa es transversal a la organización estatal, en la medida que cada una de las instancias estatales ejerce gestión y administración de medios jurídicos y materiales en orden a conseguir los fines de interés público a cargo del Estado. En tal sentido, tanto el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, ejercen función administrativa e integran un colectivo amplio, denominado específicamente Administración Pública⁵. Por ello, es que el conjunto de entidades estatales que ejercen la función administrativa, integran la Administración Pública, organizándose en conjunto para cumplir cometidos de interés público⁶.

Las relaciones entre la función administrativa con el resto de funciones estatales, residen en la gestión de los medios materiales subyacentes al ejercicio de todas las funciones estatales, la misma que es realizada por las Entidades de la Administración Pública.

En términos materiales, casi todos los organismos estatales ejercen función administrativa, aunque

formalmente las instancias relativas al Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales sean las que ejercen de modo principal dichas funciones.

Siendo ello así, podría considerarse que el ejercicio de la función administrativa es compatible con el “Poder Ejecutivo”, que como tal, es el poder que tiene entre sus funciones la ejecución de las leyes⁷. Sin embargo, el concepto de función administrativa constituye uno de carácter más amplio, toda vez que se refiere a las funciones estatales encargadas de la administración de los asuntos y negocios públicos, con la finalidad de servir a los intereses generales.

2.2. Estado, Gobierno y Administración Pública del Perú en el Modelo de la Constitución Política del Perú del Año 1993

En el modelo de organización del Estado Peruano, se suele utilizar las expresiones de Estado, Gobierno y Administración Pública como conceptos similares o equivalentes. Sin embargo, tal como se ha indicado, cada uno de dichos conceptos, expresan en forma individual, diversos objetivos y fines para efectos del derecho administrativo.

En el caso peruano, el concepto de “Gobierno” no es equiparable ni al de Poder Ejecutivo, ni al de Administración Pública. En términos rigurosos, el concepto de Gobierno⁸, jurídicamente implica el ejercicio de la función de dirección política interior y exterior del Estado, con lo que el concepto de la función de gobierno sería realizado por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Sin embargo, dentro de la estructura descentralizada del país, se debe agregar el enfoque de “instancias de gobierno a nivel nacional, regional y local”.

En lo que se refiere al concepto de Administración Pública, puede entenderse que esta tiene dos sentidos. Uno objetivo⁹, entendiendo a la Administración Pública como el conjunto de entidades y órganos que ejercen la función administrativa, esto es, aquella función estatal

formal de órganos, que ejercen las diversas ramas del poder público.” En: La Organización del Estado, la Organización Administrativa y la Administración Pública, en Derecho Administrativo. Tomo II. Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela. Bogotá, 2006. pág. 25-26.

Asimismo, MARIENHOFF Miguel S. al respecto opina que: “La División de poderes concebida por Montequieu, de decisiva importancia en el derecho constitucional, constituyó un medio para evitar el despotismo como consecuencia de la centralización de las funciones del Estado en una sola persona. Sin embargo, a partir del concepto de que el poder es uno solo, la división de poderes es manifestación de una separación de funciones: legislativo, justicia y administración.” En: Tratado de Derecho Administrativo, 5ª ed. Actual, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, T. 1, “Parte General”, pág. 43

4 IBIDEM. “Para que el Poder contenga al poder, sin que de ello se derive un absolutismo, es imprescindible que aquél sea ejercido por órganos diferenciados. Estos son los órganos legislativos, judiciales y administrativos.”

Asimismo, GORDILLO, Agustín señala que: “todo sería sencillo si no fuera que las citadas funciones pueden ser ejercidas por más de un órgano, pues estos no se limitan a ejercer la actividad que les corresponde. Por ello, “la separación de funciones, en cuanto atribución de estas a órganos diferenciados, se realiza imperfectamente.” En: Tratado de Derecho Administrativo, 5ª Edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, pág. IX-4

5 IVANEGA, MIRIAN, señala que: “Si bien la función administrativa es ejercida principalmente por el Poder Ejecutivo, sus órganos centralizados y descentralizados, nada obsta que se desarrolle en el ámbito de los restantes poderes constitucionales, cuando no ejercen su principal actividad. Esta función es común a los tres poderes del Estado y no se confunde con la legislativa y la judicial.” En: Principios de la Administración Pública, Buenos Aires, 2005, pág. 32.

Asimismo, ABRUÑA PUYOL, Antonio, señala que: “La Administración Pública es en consecuencia, una organización del poder público que actúa con potestad administrativa.” En: Delimitación Jurídica de la Administración Pública en el Ordenamiento Peruano, Editorial Palestra, Lima, 2010, pág. 38

6 Al respecto, IVANEGA, Mirian citando a Marienhoff Miguel S. señala que: “...enrolado en esta posición, define la función administrativa como “la actividad permanente concreta y práctica del Estado, que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran.” En: Op. Cit., pág. 32-33.

7 ABRUÑA PUYOL, Antonio, señala que: “La Administración Pública, por tanto, en su nacimiento se identifica con el Poder Ejecutivo en virtud del principio de separación de poderes, que además tiene asignada una función específica: ejecutar la ley y que, por el principio de legalidad que debe presidir toda su actuación, se somete para ello a un proceso de jurisdicción que, en palabras de Santamaría Pastor, convierte “las técnicas de acción estatal en técnicas jurídicas” En: Op. Cit., pág. 38.

8 ZANOBINI, Guido, señala que: “El Gobierno, para quienes lo incluyen como elemento, es entendido como el conjunto de instituciones en que se organizan las personas que ejercen el poder e imperio del Estado o sea su soberanía.” En: Curso de Derecho Administrativo, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, T. 1.

9 IVANEGA, Mirian Mabel, citando a Joan Subirats señala que: “administración significa distintas cosas desde los diferentes observatorios que se escojan, no permitiendo un significado unívoco ni desde el punto de vista teórico ni desde el punto de vista práctico.” En: Op. Cit. pág. 30. Asimismo GARRIDO FALLA, Fernando, señaló que: “el término “Administración” se aplica en dos sentidos: a) una clase de actividad (sentido objetivo), y b) los entes que la desarrollan, la estructura o aparato administrativo (sentido subjetivo). La primera es administración con minúscula y la segunda, como sujeto de esa acción, con mayúscula.” En: Tratado de Derecho Administrativo, 12ª Ed., IEP, Madrid, 1994, pág. 31 y siguientes.

10 ABRUÑA PUYOL, Antonio, señala que: “Ciertamente, si lo que distingue a esta realización de una típica función, cuando nos encontramos ante manifestaciones de esa función podremos decir que estamos en presencia de la Administración Pública y, por tanto, se aplicará el ordenamiento jurídico – administrativo. Dará igual que esa función

encargada de aplicar y cumplir las leyes (mediante su ejecución), pero también de dictar disposiciones (función de reglamentación) y de resolver reclamaciones (función de solución de controversias). Por otro lado, existe un concepto subjetivo¹¹ de Administración Pública, que la identifica como aquél sujeto encargado de ejercer la función administrativa. El concepto de Administración Pública que se maneja, es uno de tipo objetivo, mediante el cual se puede identificar a las entidades y órganos que, de manera originaria o derivada ejercen la denominada función administrativa, la cual es absolutamente diferente de las “tres clásicas” funciones estatales.

III. La Organización del Estado Peruano a Partir de La Constitución Política de 1993

3.1. Organización Descentralizada y Funcional del Estado Peruano

No se puede hablar de un modelo orgánico de Administración Pública reconocible en la Constitución Política del Perú del año 1993. En realidad, nos encontramos con un texto asistemático en el que se organiza básicamente el funcionamiento del Estado en base a la denominada “Separación de Poderes”.

El Capítulo XIV del Título IV de la Constitución de 1993¹², sobre Descentralización, establece que el Estado Peruano se estructura en tres niveles de gobierno, de acuerdo a una estructura descentralizada del poder. Así, se tiene que existen instancias de Gobierno Central, Gobierno Regional y Gobierno Local, dentro de una estructura del Estado Unitario y Descentralizado.

Asimismo, el modelo de organización que actualmente existe en el Perú en materia de Administración Pública, responde a un esquema implantado en la década del 70, a pesar que durante los últimos 30 años han existido cambios radicales en materia administrativa. Así, tenemos un esquema que se organiza sobre la base de los poderes públicos o funciones clásicas¹³ del Estado y en el que equivocadamente se afirma la existencia de la siguiente organización:

- a. Poder Ejecutivo o función ejecutiva: Es ejercido en nuestro sistema constitucional por el Presidente de la República. Se integran a esta organización, los Ministros de Estado y la institución del Presidente del Consejo de Ministros.

- b. Poder Legislativo o función legislativa: Reside formalmente en el Congreso de la República, quien ejerce originariamente la potestad legislativa, de fiscalización y de control sobre los actos del Poder Ejecutivo; y
- c. Poder Judicial o función jurisdiccional: Se ejerce por mandato constitucional, y está destinada a resolver conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica, gozando las decisiones de los órganos jurisdiccionales de la calidad de la cosa juzgada.

“El concepto de Administración Pública (...) que se maneja, es uno de tipo objetivo, mediante el cual se puede identificar a las entidades y órganos que (...) ejercen la denominada función administrativa (...)”

3.2. Organización del Poder Ejecutivo. Sectores y Sistemas Administrativos

El marco constitucional vigente, desarrolla en el Título IV (De la estructura del Estado), un capítulo dedicado a la organización del Poder Ejecutivo. Conforme a ello, se desarrollan las atribuciones y la caracterización del Presidente de la República, el Consejo de Ministros, y las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo.

El Poder Ejecutivo, se encuentra organizado en base a la disposiciones de Ley Orgánica del Poder Ejecutivo - Ley N° 29158, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 20 de diciembre de 2007.

De acuerdo a dicha Ley, el Poder Ejecutivo está integrado por:

1. La Presidencia de la República.
2. El Consejo de Ministros.
3. La Presidencia del Consejo de Ministros.
4. Los Ministerios.
5. Entidades Públicas del Poder Ejecutivo.

sea realizada por el Poder Ejecutivo, por un organismo territorial autónomo, por los órganos del Poder Legislativo, o Judicial, por el Tribunal Constitucional o la Defensoría del Pueblo, por una empresa del Estado o, incluso, por un sujeto jurídico – privado. Si estamos en presencia de esa función ahí se encuentra presente la Administración Pública y, por tanto, es aplicable el Derecho Administrativo. En: Op. Cit., pág. 53.

Asimismo, BREWER – CARIAS, afirma que: “estas cuatro funciones Estatales (legislativa, judicial, gubernativa y administrativa) se ejercen (...), por los tres grupos de órganos separados horizontalmente que ejercen el poder público, por lo que el ejercicio de las funciones Estatales no es ni exclusivo ni excluyente de ningún órgano estatal o, si se quiere, de alguno de los tres “poderes”. En: Op. Cit. pág 694 y 696.

11 BOQUERA OLIVER, José. M., señala: “La mayor parte de la doctrina actual considera imposible categorizar a la Administración Pública por medio de una función Típica, lo que ha llevado a adoptar nuevamente criterio subjetivos, aunque completando el planteamiento inicial que simplemente identificaba a la administración con el Poder Ejecutivo. Ahora bien, aunque coincidiendo en lo fundamental, también los autores discrepan al momento de caracterizarla. En la Actualidad, son dos las vertientes principales que adopta ese criterio: Orgánica y personalista”. En: Criterio Conceptual del Derecho Administrativo, REDA, N° 78, abril, junio 1993, pag. 121 - 153.

12 Ley N° 27680 del 7 de marzo de 2002, también denominada Ley de Reforma Constitucional del Capítulo XIV del Título IV sobre Descentralización.

13 TOLA, Fernando, señala que: “(...) el Derecho Administrativo, que tiene como base este concepto de administración, el cual está condicionado por dos exclusiones, sólo ha podido nacer con la desaparición del poder absoluto y con la aparición de los regímenes constitucionales que diversifican las funciones del Estado en los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. En: Derecho Administrativo General, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1945. pág. 23-24.

A nivel internacional GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, señala que: “Su alumbramiento es consecuencia de la conjunción de tres ideas: la legalidad que pretende sustituir el poder absoluto y arbitrario del príncipe; la ley como expansión de la voluntad general de la que dimana su legalidad; y la estructuración del Estado en los tres poderes de todos conocidos: Legislativo, Judicial y Ejecutivo (Administración Pública)” En: Revolución Francesa y administración contemporánea, Cuarta Edición, Civitas, Madrid, 1994, pág. 22-24.

En el caso peruano, el Presidente de la República¹⁴, personifica a la nación y dirige el Poder Ejecutivo. Tiene adscrito a su cargo una organización, denominada Despacho Presidencial, que tiene por objeto la administración de la Casa de Gobierno, así como la coordinación de las actividades y del respaldo logístico necesario para el ejercicio de las funciones del Presidente.

De otro lado, el Consejo de Ministros¹⁵, de acuerdo al artículo 119° de la Constitución, tiene como labor ejercer la dirección y la gestión de los servicios públicos, señalando expresamente el texto constitucional que a cada ministro le corresponde la dirección y la gestión de los servicios públicos en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

La figura del Presidente del Consejo de Ministros¹⁶, es instituida en la Constitución, para realizar las funciones de ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno; coordinar las funciones de los demás ministros; y refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos que señalan la Constitución y la ley.

Por otro lado, el texto constitucional hace referencia a la figura de los Ministros¹⁷, como responsables políticos de la gestión de su sector, en la medida que, la organización administrativa peruana se asienta sobre los conceptos de sector y sistema administrativo. Es pertinente entonces determinar los conceptos de "sector" y "sistema", así como su relevancia para la organización de la Administración Pública en nuestro país.

Por último, se debe establecer que el segundo párrafo del artículo 2° de la LOPE, establece que "los Ministerios (...) ejercen sus funciones en respuesta a una o varias áreas programáticas de acción, las cuales son definidas para el cumplimiento de las funciones primordiales del Estado y para el logro de sus objetivos y metas".

3.2.1. Sectores y Sistemas Administrativos.-

El esquema de organización de Entidades Públicas del Poder Ejecutivo responde a un esquema de sectores y sistemas, conforme a lo desarrollado en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

De esta forma, por un lado, el concepto de Sector se refiere a una visión de organización de las actividades económicas del Poder Ejecutivo en función a un criterio de planificación estatal. En base a una actividad económica se estructura un sector determinado, cuyo ente rector es un Ministerio¹⁸.

Sin embargo, el sector no es un concepto equiparable al de Ministerio, sino que el sector está constituido también por los organismos públicos adscritos al mismo, las empresas públicas, así como los proyectos, programas y otras entidades que actúan o ejercen injerencia dentro de las actividades relativas al sector.

Los Ministros tienen la función de dirección política de un sector y conforme al artículo 119° de la Constitución, "El Consejo de Ministros tiene a su cargo la dirección y gestión de los servicios públicos. Cada Ministro tiene la responsabilidad en lo concerniente a la gestión de los asuntos propios de su sector". Esta norma se deriva del mandato que establece la irresponsabilidad política del Presidente de la República en nuestro sistema constitucional, puesto que los responsables políticos de la gestión de su sector son los Ministros de Estado.

Los Ministerios se organizan en función de la normativa aplicable a los sectores. Por ello, pueden existir tantos Ministerios como sectores. Al respecto, el Ministerio, al cumplir con la dirección del sector, se organiza con organismos públicos pertenecientes al Poder Ejecutivo, y específicamente al nivel de Gobierno Nacional.

El Ministerio se organiza en función de una estructura que cumple dos tipos de actividades. De un lado, cumple funciones de administración interna o de autogobierno. Por otra parte, cumple funciones de línea o externas en relación con el sector. Las funciones de Administración Interna tienen por finalidad la organización propia del Ministerio (planeamiento del sector, presupuesto, administración, recursos humanos, etc.). Las funciones de línea son cumplidas por los denominados órganos técnico-normativos y la finalidad del servicio de dirección del sector, mediante la institución de procedimientos administrativos que relacionen a la ciudadanía con la obtención de prestaciones por parte del Ministerio.

El texto original del Decreto Legislativo N° 560, Ley del Poder Ejecutivo, estableció los siguientes Ministerios:

1. Relaciones Exteriores.
2. Interior.
3. Justicia.
4. Defensa.
5. Economía y Finanzas.
6. Educación.
7. Salud.
8. Trabajo y Promoción Social.
9. Agricultura.
10. Vivienda y Construcción.
11. Energía y Minas.

14 Artículo 110°. El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación.

Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser peruano por nacimiento, tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio.

15 Artículo 119°. La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiadas al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.

16 Artículo 123°. Al Presidente del Consejo de Ministros, quien puede ser ministro sin cartera, le corresponde:

1. Ser, después del Presidente de la República, el portavoz autorizado del gobierno.
2. Coordinar las funciones de los demás ministros.
3. Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley.

17 Artículo 128°. Los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan.

Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.

18 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Artículo 22.- Definición y constitución

22.1 Los Ministerios son organismos del Poder Ejecutivo que comprenden uno o varios sectores, considerando su homogeneidad y finalidad.
(...)

12. Transportes y Comunicaciones.
13. Pesquería
14. De Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

Posteriormente, esta relación fue modificada por las siguientes normas:

- Decreto Ley N° 25491, de 7/5/1992, los Ministerios de Vivienda y Construcción y el de Transportes y Comunicaciones, fueron fusionados en el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.
- El original Ministerio de la Presidencia a que se refería el Decreto Legislativo N° 560 fue desactivado mediante Ley 25290 de 24/12/1990. Con posterioridad, fue creada otra entidad con el mismo nombre mediante Decreto Ley N° 25490 de 10/05/1992.
- Mediante el Decreto Legislativo N° 866, de 29/10/1996 se creó el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano – PROMUDEH.
- Mediante la Ley N° 27779, Ley Orgánica que modifica la organización y funciones de los Ministerios (publicada el 11 de julio de 2002), se ha efectuado una reorganización, por fusiones, de la estructura ministerial existente. En realidad, no se trataba de un proceso de racionalización, ni de reducción de ministerios, sino que simplemente se buscaba una reorganización de las estructuras ya existentes.

Así, de acuerdo con la Ley N° 27779 y las modificaciones incorporadas por la Ley 29158 -Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, el Decreto Legislativo N° 1013 que crea el Ministerio del Ambiente, y lo dispuesto por la Ley N° 29565 que crea el Ministerio de Cultura; los Ministerios actualmente existentes son los siguientes:

1. Presidencia del Consejo de Ministros.
2. Ministerio de Economía y Finanzas.
3. Ministerio de Relaciones Exteriores.
4. Ministerio de Defensa.
5. Ministerio de Justicia.
6. Ministerio del Interior.
7. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
8. Ministerio de la Producción.
9. Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
10. Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.
11. Ministerio de Salud.
12. Ministerio de Educación.
13. Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
14. Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.
15. Ministerio de Energía y Minas.
16. Ministerio de Agricultura.
17. Ministerio del Ambiente
18. Ministerio de la Cultura

Por otro lado, debe destacarse que la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – LOPE, sobre la base de diversos proyectos de Ley elaborados desde el año 2002, establece en su artículo 43° como criterio de funcionamiento del Poder Ejecutivo, lo relativo a los Sistemas Administrativos.

De este modo, “los sistemas son los conjuntos, principios,

normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública que requiere ser realizadas por todas o varias entidades de los Poderes del Estado, los Organismos Institucionales y los niveles de Gobierno”.

Se añade que sólo por Ley se crea un Sistema y que para su creación se debe contar con la opinión favorable de la Presidencia del Consejo de Ministros.

Por su parte, el artículo 44° describe que los Sistemas están a cargo de un Ente Rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional: dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la presente Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

Estos Sistemas son de dos tipos:

A. **Sistemas Funcionales (art. 45°)**

- Tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas que requieren la participación de todas o varias entidades del Estado
- El Poder Ejecutivo es responsable de reglamentarlos y operarlos.
- Las normas aplicables establecen las atribuciones de su Ente Rector.

B. **Sistemas Administrativos (art. 46°)**

- Tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la Administración Pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso.
- Los sistemas de aplicación nacional están referidos a materias previstas en la Ley, tales como Gestión de Recursos Humanos, Abastecimiento, Presupuesto Público, Tesorería, Endeudamiento Público, Contabilidad, Inversión Pública, Planeamiento Estratégico, Defensa Judicial del Estado, Control y Modernización de la gestión pública.
- El Ente Rector del sistema se encuentra en el Poder Ejecutivo a excepción del Sistema Nacional de Control.
- El Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Administrativos, aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, independientemente de su nivel de gobierno y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Esta disposición no afecta la autonomía de los Organismos Constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas Leyes Orgánicas.
- El Poder Ejecutivo adecua el funcionamiento de los Sistemas Administrativos al proceso de descentralización.

3.3. Nuevas Formas de Organización: el Caso de los Organismos Constitucionalmente Autónomos

En la experiencia constitucional de nuestro país, existen determinados organismos o entidades que cuentan con una garantía institucional de autonomía e independencia

respecto de la función política o de gobierno. Se trata de instituciones destinadas a ejercer determinadas tareas técnicas e indispensables para la gestión estatal, pero que por su alto grado de especialización requieren tener una garantía institucional de independencia frente al poder político y a las funciones de gobierno¹⁹.

De acuerdo al texto constitucional de 1993, los organismos constitucionalmente autónomos son los siguientes:

- Banco Central de Reserva (BCR)
- Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)
- Defensoría del Pueblo (DP)
- Tribunal Constitucional (TC)
- Jurado Nacional de Elecciones (JNE)
- Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)
- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)
- Ministerio Público (MP)
- Consejo Nacional de la Magistratura (CNM)
- Contraloría General de la República (CGR)

Los Organismos Constitucionalmente Autónomos tienen una garantía institucional de autonomía y asimismo de independencia. El concepto de autonomía (constitucional en este caso), se expresa en el total deslígue del ejercicio de las funciones de tales órganos con respecto a los demás “poderes” del Estado (Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial). Existe un respaldo constitucional a sus competencias funcionales. Existe autonomía presupuestaria, financiera, económica, técnica, funcional y política. Asimismo, tienen una garantía en el modo especial de designación y remoción de sus titulares.

IV. Las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo: Los Organismos Públicos Ejecutores y los Organismos Públicos Especializados

La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – LOPE sobre la base de diversos proyectos de Ley elaborados desde el año 2002, pretende establecer nuevos criterios en relación al funcionamiento del Poder Ejecutivo.

En tal sentido, se advierte que los Organismos Públicos (en adelante OP) son configurados como entidades dotadas de personalidad jurídica, y que ejercen determinadas funciones, con un nivel autonomía con respecto al ente rector del sector. Los OP tienen autonomía funcional, técnica, económica y financiera. Sin embargo, se encuentran relacionados con el

Ministerio y no derivan sus competencias de un mandato constitucional. Tienen una relación de adscripción con el Ministerio.

4.1. Los Organismos Públicos Ejecutores

Los Organismos Públicos Ejecutores (en adelante OPEJ) son organizaciones administrativas, dotadas de personalidad jurídica, y que ejercen determinadas funciones, con un nivel de autonomía con respecto al ente rector del sector. Tienen autonomía funcional, técnica, económica y financiera. Se encuentran relacionados necesariamente con un Ministerio, en la medida que en nuestro sistema constitucional no puede existir el ejercicio de funciones públicas sin una asunción explícita de responsabilidad administrativa. Por tal motivo, los OPEJ se adscriben necesariamente a un Ministerio, aunque no en una relación de jerarquía²⁰, sino de adscripción, forma de tutela administrativa, que implica la supervisión del cumplimiento de sus actividades por parte del Ministerio.

Todos los OPEJ son organismos que por mandato de la LOPE, pertenecen al Gobierno Nacional y son destinados a realizar actividades de ejecución o gestión, y requieren organizarse y desarrollar sus funciones en un régimen de autonomía administrativa.

El artículo 28° de la Ley 29158, los define como aquellos “cuya creación y disolución se realiza por Ley a iniciativa del Poder Ejecutivo”.

Los OPEJ se crean por ley ordinaria. Su autonomía administrativa puede ser funcional (ejercicio de funciones de acuerdo a su estatuto), técnica, económica, administrativa y financiera.

Los OPEJ tienen personería jurídica de derecho público interno, ejercen sus competencias a nivel nacional, y tienen por objeto la gestión de determinadas funciones que deben realizarse de manera desconcentrada respecto del sector al cual se encuentran adscritas.

Es importante señalar, que la adscripción de una entidad estatal a un sector determinado, tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de las funciones de la entidad, en la medida que el sector es responsable de realizar acciones tales como la aprobación del presupuesto e instrumentos de gestión de la entidad, la planificación y ejecución de sus tareas habituales, y la realización de proyectos de carácter institucional.

19 CARDENAS GARCIA, Jaime, respecto a las características de los Organismos Constitucionalmente Autónomos señala a lo siguiente: “Inmediatez. Deben Estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; Especialidad. Son necesarios para el Estado democrático de derecho contemporáneo; Dirección Política. Participan en ésta y emanan de actos ejecutivos, legislativos o jurisdiccionales contribuyendo a la toma de decisiones del Estado; Paridad de rango. Mantienen con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; Autonomía. Generalmente tienen autonomía orgánica y funcional y en ocasiones presupuestaria; Apoliticidad. Son órganos técnicos y no políticos; Inmunidad. Los titulares de estos órganos pueden ser removidos por el señalamiento de responsabilidades; Transparencia. Los actos y decisiones de los órganos autónomos, salvo en los casos comprensibles del secreto en las investigaciones del Ministerio Público, podrán ser conocidos por los ciudadanos; y cualquiera podrá tener acceso a la información, incluyendo obviamente los órganos del Estado; Intangibilidad. Deberán ser órganos permanentes, o por lo menos para su derogación se debe exigir un procedimiento de reforma constitucional mucho más reforzada que el proceso de reforma legal ordinaria; y Funcionamiento interno apegado al Estado de derecho. Es imprescindible que en las responsabilidades administrativas de funcionarios de los respectivos órganos éstos cuenten con todas las garantías constitucionales y procesales. En: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 11ª ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, T. 1, pág. 501.

20 LINARES, Juan Francisco, señalo que: “La jerarquía traduce un poder jurídico dentro de un grupo estable como la administración pública. Existe en su virtud una relación de supremacía de los funcionarios superiores respecto a los inferiores, y de subordinación de estos a aquellos.” En: Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1986, pág. 222. MORENA Y DE LA MORENA, Luis, señala que: “Se trata de un elemento reglado u regido por las normas de organización del órgano o ente, e implica la “atribución” de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del derecho que le es impuesto, y utilizando al efecto los medios materiales y personales con que se lo dota, decida, en los distintos supuestos contemplado por la norma – y solo en ellos – de acuerdo con el procedimiento en cada caso establecido, lo que, por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos vincular.” En: De los Fines de Interés Público como causa y como límite de la competencia, y como medio y medida de control jurídicos, Madrid, Revista de Administración Pública N° 85, Enero – Febrero, 1978, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 151.

Para ello, el Ministerio en su condición de titular del sector ofrece el apoyo necesario a la entidad adscrita al mismo, existiendo entre ambos una relación de tutela, más no de subordinación jerárquica, tal como ocurre al interior de la estructura organizacional de una misma entidad estatal.

En este sentido, la propia LOPE indica que los OPEJ se crean en el caso que se requiera una entidad con administración propia, debido a que la magnitud de sus operaciones es significativa o una dedicada a la prestación de servicios específicos.

Por un lado, mientras se indica que los OPEJ están sujetos a los lineamientos técnicos del Sector del que dependen, sus objetivos y estrategias es formulada en coordinación con éste. En otras palabras, la relación de tutela se observa en la sujeción a los lineamientos técnicos, pero no alcanza a los objetivos y estrategias del organismo. En este orden de ideas, resulta obvio que una sub-estructura organizacional que se encuentre supeditada a un Sector en cuanto a lineamientos, objetivos y estrategias, no puede ser considerada como un OPEJ, sino como parte integrante de dicho Sector.

Por otro lado, en cuanto a la política de gasto de los OPEJ, ésta debe ser aprobada por la entidad de la que dependen. No obstante ello, esto no implica que la elaboración y determinación de la indicada política de gasto, por ejemplo, el presupuesto, no pueda ser realizado por el OPEJ.

Un tercer aspecto característico de un OPEJ consiste en que no cuentan con funciones normativas propias. Éstas solo podrán existir en caso de delegación por parte del Ministerio del cual dependen. Cabe recordar que las normas emitidas, en razón de la citada delegación, tienen un rango inferior al del Ministerio al que se encuentran adscritos, por ejemplo, Resolución Jefatural (del Jefe del Organismo) o resolución de Consejo Directivo (de ser el caso); no obstante, es una inferioridad estrictamente normativa, de acuerdo con la jerarquía normativa en el sistema jurídico peruano.

Dicho de otro modo, las potenciales órdenes emanadas de un Ministerio, mediante una norma, a su OPEJ, no implican una subordinación jerárquica administrativa, sino sólo normativa.

Si bien puede interpretarse la coexistencia de estas formas de subordinación, lo cierto es que la de tipo administrativa no sólo puede ejercerse con una norma sino con simples actos de administración; actividades que no puede realizar un Ministerio respecto de su OPEJ.

En suma, los OPEJ tienen autonomía en los siguientes casos a saber:

- Normativa, en caso la función de normar haya sido delegada por el Ministerio de la cual dependen.

- Económica, en el extremo de diseño y elaboración de su política de gasto, condicionada a la aprobación del Ministerio.
- Gestión, siempre que ello no implique la modificación de los objetivos, estrategias o lineamientos técnicos.

4.2. Los Organismos Públicos Especializados

El régimen jurídico de los Organismos Públicos Especializados (en adelante OPES) se encuentra previsto en el artículo 31° de la Ley 29158 y se expresa en los siguientes términos:

Artículo 31°.- Los Organismos Público Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a la Ley de creación. Están adscritos a un Ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Reguladores
2. Organismos Técnicos Especializados

La Ley 29158 desarrolla en forma esquemática el funcionamiento de cada uno de los Organismos Públicos Especializados, en función de los tipos previstos.

a) Organismos Reguladores

En el caso de los Organismos Reguladores, el artículo 32° de la ley, precisa las siguientes características:

1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.
2. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.
3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia. ,
4. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias. .
5. Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de gobierno.
6. Están dirigidos por un Consejo Directivo. Sus miembros son designados mediante concurso público. La Ley establece los requisitos y el procedimiento para su designación. Sólo podrán ser removidos en caso de falta grave e incompetencia manifiesta debidamente comprobada, y con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. La Ley establece el procedimiento para su cese.
7. Defienden el interés de los usuarios con arreglo a la Constitución Política del Perú y la ley.

En nuestro país, los Organismos Reguladores (en adelante los OR) son una adaptación del régimen norteamericano de las agencias. La independencia

21 DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, señala que: "En el Perú como en otros países, la principal razón por la que se crean los organismos reguladores de servicios públicos estriba en la necesidad de distinguir entre la función de determinación de las políticas que van a ordenar con carácter general el desarrollo de las actividades consideradas servicios públicos, tarea que le corresponde a los poderes del Estado con legitimidad democrática directa (...), respecto de las funciones de supervisión de la prestación de servicios públicos y de determinación de tarifas a ser cobradas por lo operadores de servicios públicos, tareas que requieren ser ejercidas por entidades de carácter eminentemente técnico dotadas de autonomía funcional." En: ¿Constituye el Acto Administrativo fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano?. Revista de Derecho Administrativo, N° 09, año 5, Círculo de Derecho Administrativo, Lima, 2010, pág. 34

funcional de dichos organismos se justifica en la necesidad de que ejerzan sus funciones técnicas en un escenario alejado de influencias externas (políticas o económicas). Cumplen las funciones de regulación de los grandes servicios públicos y de las obras públicas de infraestructura entregadas en concesión a la inversión privada. Inicialmente se encontraban adscritos al sector al cual regulaban, pero ahora se encuentran adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros²¹. Se puede identificar a los siguientes:

- Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)
- Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)
- Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN).
- Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS).

b) Organismos Técnicos Especializados.

En cuanto a los Organismos Técnicos Especializados, el artículo 33° de la Ley 29158 precisa el sustento de su creación:

“Artículo 33°.- Organismos Técnicos Especializados

Los Organismos Técnicos Especializados se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de:

1. *Planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional.*
2. *Establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado.*

Asimismo, el citado artículo nos indica que este tipo de organismos:

1. Están dirigidos por un Consejo Directivo.
2. Se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias.
3. Su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno.

V. Relación Entre un Ministerio, un Programa y un Proyecto

5.1. Los Ministerios

El Ministerio es el ente rector del sector. El Ministro es conocido en el lenguaje administrativo como el titular del sector. Las funciones del Ministerio dentro de un sector, tienen por fin las de organizar una estructura

administrativa que planifique las funciones del Estado con relación a una determinada función estatal (como la defensa, las relaciones exteriores, la economía estatal, la justicia) o en relación a un determinado sector o actividad productiva (agricultura, industria, energía y minas, pesquería). En tal sentido, el Ministerio tiene poderes normativos, de regulación, de fiscalización, planeamiento estratégico y de sanción para cumplir con las funciones de ordenación y planeamiento del sector a su cargo.

Los Ministros tienen la función de la dirección política de un sector. De acuerdo con el artículo 119° de la Constitución:

“El Consejo de Ministros tiene a su cargo la dirección y gestión de los servicios públicos. Cada Ministro tiene la responsabilidad en lo concerniente a la gestión de los asuntos propios de su sector”.

Los Ministerios se organizan en función de la creación o la determinación normativa de los sectores. Por ello, pueden existir tantos Ministerios como sectores existan. Al respecto, el Ministerio, al cumplir con la dirección del sector, define los organismos públicos pertenecientes al Poder Ejecutivo, y específicamente al nivel del Gobierno Nacional.

Asimismo, los Ministerios se organizan en función de constituir una estructura que cumple dos tipos de funciones. De un lado, cumple funciones de administración interna o de autogobierno. Y de otro lado, cumple funciones de línea o externas en relación con el sector. Las funciones de Administración interna tiene por finalidad la organización propia del Ministerio (planeamiento del sector, presupuesto, administración, recursos humanos, etc.). Las funciones de línea son cumplidas por los órganos técnico-normativos y los Viceministerios. Las denominadas funciones de línea son las que son cumplidas por la entidad con la finalidad del servicio de dirección del sector, mediante la institución de procedimientos administrativos que relacionen a la ciudadanía con la obtención de las prestaciones por parte del Ministerio.

Con relación a ello, la anterior Ley Orgánica del Poder Ejecutivo aprobada por el Decreto Legislativo N° 560 dictada a principios del año 1990 respondió a una estructura del Poder Ejecutivo conforme a la Constitución de 1979²².

Al respecto, el artículo 19° de dicha Ley del Poder Ejecutivo, definió los Ministerios de la siguiente manera:

“Artículo 19°.- Los Ministerios son los organismo administrativos del Poder Ejecutivo que formulan, en coordinación sectoriales de su competencia.

Les corresponde dictar las normas sectoriales de alcance nacional en los asuntos de su competencia, y prestar, a través de los organismos públicos descentralizados que e reservan expresamente al nivel central de Gobierno,

²² Cabe mencionar que en el título II de dicha norma se desarrolló la institución de la Presidencia del Consejo de Ministros, señalando que el Presidente de éste colabora con el Presidente de la República, en la dirección de la política general del Gobierno. Asimismo, coordina la actividad intersectorial de la función política administrativa del Estado. Se señala además que el Presidente del Consejo de Ministros es titular de un pliego presupuestal, y que para el cumplimiento de sus funciones cuenta con un organismo técnico-administrativo denominado Presidencia del Consejo de Ministros, cuya organización y funciones se norman por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

bienes y servicios sectoriales; así como supervisar evaluar la ejecución de las políticas sectoriales. Tienen a su cargo la supervisión y control de las instituciones públicas descentralizadas que conforman el Sector correspondientes. Asimismo ejecutan las acciones e inversiones en los casos que le son reservados al Gobierno Nacional²³.

Posteriormente, la vigente Ley del Poder Ejecutivo, aprobada por la Ley N° 29158, contiene una definición similar de los Ministerios:

“Artículo 22º.- Definición y constitución

22.1. Los Ministerios son organismo del Poder Ejecutivo que comprenden uno o varios sectores, considerando su homogeneidad y finalidad.

22.2. Los Ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas.

22.3. Los Ministerios están confiados a los Ministros de Estado, quienes son responsables de la dirección y gestión de los asuntos públicos de su competencia.

22.4. El ámbito de competencia y estructura básica de cada uno de los Ministerios se establece en su Ley de Organización y Funciones. Los Reglamentos de Organización y funciones de los Ministerios son aprobados por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

22.5. Los Ministerios son creados, fusionados o disueltos mediante ley a propuesta del Poder Ejecutivo. El redimensionamiento y reorganización de los Ministerios se podrá hacer mediante decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.”²⁴

Los Ministerios se organizan en función de la creación o la determinación normativa de los sectores. Por ello, pueden existir tantos Ministerios como sectores existan.

5.2. Programas y Proyectos

Para el cumplimiento de las funciones específicas de cada Ministerio, pueden crearse Programas y Proyectos

Especiales en el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo. Estos Programas o Proyectos Especiales deben estar adscritos a un Ministerio o a un Organismo Público.

Un Programa es una estructura funcional creada para atender un problema o situación crítica concreta, o implementar una política pública específica. Por otro lado, un Proyecto Especial es un conjunto articulado y coherente de actividades orientadas a alcanzar uno o varios objetos en un período limitado de tiempo y siguiendo una metodología definida. Se puede apreciar entonces que su naturaleza es temporal.

De conformidad con la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, los Programas y Los Proyectos Especiales, son Entidades Públicas del Poder Ejecutivo, encontrándose definidas en el Capítulo III del Título IV:

“Artículo 38º.- Programas y Proyectos Especiales

38.1 Los Programas y Proyectos Especiales son creados, en el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo, en un Ministerio o en un Organismo Público, mediante decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

38.2 Los Programas son estructuras funcionales creadas para atender un problema o situación crítica, o implementar una política pública específica, en el ámbito de competencia de la entidad a la que pertenecen. Sólo por excepción, la creación de un Programa conlleva a la formación de un órgano o unidad orgánica en una entidad.

*38.3 Los Proyectos Especiales son un conjunto articulado y coherente de actividades orientadas a alcanzar uno o varios objetivos en un período limitado de tiempo, siguiendo una metodología definida. **Sólo se crean para atender actividades de carácter temporal. Una vez cumplidos los objetivos, sus actividades, en caso de ser necesario, se integran en órganos se línea de una entidad nacional, o por transferencia, a una entidad regional o local, según corresponda.***

38.4 Excepcionalmente, la creación de un Programa

23 De acuerdo con dicha Ley Orgánica del Poder Ejecutivo los Ministerios fueron los siguientes:

1. De Relaciones Exteriores
2. Del Interior
3. De Justicia
4. De Defensa
5. De Economía y Finanzas
6. De Educación
7. De Salud.
8. De Trabajo y Promoción Social
9. De Agricultura
10. De Vivienda y Construcción
11. De Energía y Minas
12. De Transporte y Comunicaciones
13. De Pesquería
14. De Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.
15. De la Presidencia.

24 Los Ministerios actualmente son los siguientes:

1. Presidencia del Consejo de Ministros
2. Ministerio de Economía y Finanzas
3. Ministerio de Relaciones Exteriores
4. Ministerio de Defensa
5. Ministerio de Justicia
6. Ministerio del Interior
7. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
8. Ministerio de la Producción
9. Ministerio Comercio Exteriores y Turismo
10. Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social
11. Ministerio de la Salud
12. Ministerio de Educación
13. Ministerio de Transporte y Comunicaciones
14. Ministerios de Vivienda, Construcción y Saneamiento

o un Proyecto Especial implicará la creación de una categoría presupuestal específica.

38.5 En el marco de los procesos de modernización y de descentralización del Estado, la Presidencia del Consejo de Ministros evalúa a los Programas y Proyectos Especiales a fin de determinar la necesidad de su continuidad. El procedimiento de evaluación se establece por decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros". (el resaltado es nuestro)

Los Programas y Proyectos son estructuras funcionales dentro de un Ministerio u Organismo Público. Sin perjuicio de ello, pueden existir normas que les otorguen un nivel de desconcentración administrativa, los Programas o Proyectos del Estado, forman parte integrante del Ministerio.

La responsabilidad del manejo presupuestario corresponde al Ministerio como titular del pliego. Asimismo, la responsabilidad política no puede ser asignada al ente tutelado sino al tutelar, por lo cual dicho rol se imputa al ministro del sector.

5.3. Capacidad Legal de un Programa para Contratar como Parte del Estado Peruano.

La capacidad en el derecho administrativo peruano se encuentra vinculada al ejercicio de la competencia administrativa, esto es, a la aptitud con la que cuenta un sujeto de derecho para desarrollar un conjunto de funciones.

Los Programas tienen expreso reconocimiento dentro de la legislación peruana en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado. Desde este punto de vista, los Programas deberían adoptar actos administrativos en el ejercicio de sus funciones, puesto que la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, les otorga para efectos funcionales, la condición de entidad administrativa.

Asimismo, en el derecho interno peruano, el Programa constituye por razones funcionales, una organización distinta al Ministerio, sin embargo, nadie puede negar que existe la denominada "tutela por adscripción".

Existe una relación de jerarquía entre el Ministerio y el Programa. Por ello, en el organigrama del Ministerio, los diversos órganos están unidos por la materia, pero se distinguen por la diversa competencia que poseen respecto de dicha materia. Es claro entonces que existe dependencia económica entre el Programa y el Ministerio.

5.4. El Programa Administra Bienes y Recursos del Ministerio y de la República del Perú

Tal como se ha podido apreciar, es clara la relación existente entre el Ministerio y el Programa, En tal sentido, el Ministerio ejerce influencia en las decisiones

de la entidad tutelada, como por ejemplo en el manejo presupuestario del Programa el cual corresponde al ente tutelar, como titular del pliego.

La creación de un Programa o Proyecto Especial puede originar la formación de un órgano o unidad orgánica en una entidad, o también generar la creación de una categoría presupuestal específica.

Dentro de las unidades orgánicas que pueden crearse se encuentran las denominadas Unidades Ejecutoras, que tienen capacidad legal para ejecutar Programas y Proyectos de Inversión Pública de acuerdo a la normatividad presupuesta vigente, y que son responsables de la elaboración del expediente técnico, la ejecución y la evaluación ex post.

La formación de una unidad ejecutora, no implica la creación de un organismo separado del Ministerio. En realidad, una unidad ejecutora se transfiere de un sector a otro, en aplicación del principio de adscripción.

VI. El Concepto de Entidad en el Estado Peruano

De acuerdo a lo señalado en la parte introductoria del presente trabajo y según puede desprenderse en el desarrollo del mismo, la organización del Estado Peruano presenta distintas instituciones que son calificadas como Entidades, sin por ello reunir necesariamente las mismas características.

En nuestro país, existen un conjunto de Entidades calificadas como tales por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, independientemente de si éstas tienen o no personalidad jurídica, y que no existe un criterio distintivo entre aquellas y las que no lo son.

La problemática se verifica con mayor facilidad si se analizan las distintas legislaciones administrativas en lo que refiere a la definición de entidades para determinar su ámbito de aplicación.

De acuerdo a ello, se puede verificar que la calificación de Entidad varía dependiendo de la normativa aplicable:

6.1. Ley N° 27444-Ley de Procedimiento Administrativo General

La Ley de Procedimiento Administrativo General identifica la noción de Entidad Pública a partir de la amplia enumeración de las Entidades que comprenden la Administración Pública²⁵, según lo dispuesto en el artículo I de su Título Preliminar, el mismo que señala lo siguiente:

*Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley
La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.
Para los fines de la presente Ley, se entenderá por "entidad" o "entidades" de la Administración Pública:*

15. Ministerio de Energía y Minas.

16. Ministerio de Agricultura

17. Ministerio del Medio Ambiente

25. MORON URBINA, Juan Carlos, señala que: "En síntesis, están sujetas a las disposiciones de esta Ley, las personas jurídicas que ejercen función administrativa (de modo directo o indirecto). A tal efecto, debemos tener en cuenta que constituye función administrativa, el conjunto de decisiones y operaciones mediante las cuales se procura dentro de

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;
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 y organismos, proyectos y programas del Estado, 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. (el subrayado es nuestro)

6.2. Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017

La Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 establece en su artículo 3°, el ámbito de aplicación de la misma. De este modo, la norma distingue de forma enunciativa cuáles son las Entidades Públicas que están obligadas a su aplicación.

En tal sentido, el texto del artículo 3° dispone a la letra lo siguiente:

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente norma, bajo el término genérico de Entidad(es):

- a) El Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones;
- b) Los Gobiernos Regionales, sus dependencias y reparticiones;
- c) Los Gobiernos Locales, sus dependencias y reparticiones;
- d) Los Organismos Constitucionales Autónomos;
- e) Las Universidades Públicas;
- f) Las Sociedades de Beneficencia y las Juntas de Participación Social;
- g) Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú;
- h) Los Fondos de Salud, de Vivienda, de Bienestar y demás de naturaleza análoga de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú;
- i) Las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del Gobierno Nacional, Regional o Local y las empresas mixtas bajo control societario del Estado; y,
- j) Los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/o operativas de los Poderes

del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política del Perú y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional.

3.2 La presente norma se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante. (el subrayado es nuestro). (...)

6.3. Ley N° 27785 - Ley del Sistema Nacional de Control y de Contraloría General de la República

La Ley del Sistema Nacional de Control y de Contraloría General de la República, que tiene como objeto²⁶ prevenir y verificar la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación, también señala en su ámbito de aplicación qué Entidades se encuentran sujetas a las acciones de control por parte de los órganos del Sistema Nacional de Control, encabezado por la Contraloría General de la República:

Para tal efecto, el artículo 3° de la Ley 27785, precisa lo siguiente:

Artículo 3°.- Ámbito de aplicación

Las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen.

Dichas entidades sujetas a control por el Sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes:

- a) El Gobierno Central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y sus respectivas instituciones.
- b) Los Gobiernos Regionales y Locales e instituciones y empresas pertenecientes a los mismos, por los recursos y bienes materia de su participación accionaria.
- c) Las unidades administrativas del Poder Legislativo, del Poder Judicial y del Ministerio Público.
- d) Los Organismos Autónomos creados por la Constitución Política del Estado y por ley, e instituciones y personas de derecho público.
- e) Los organismos reguladores de los servicios

las orientaciones generales trazadas por las políticas públicas y el gobierno a través de las normas legales, el estímulo, coronación, u orientación de actividades privadas para asegurar la satisfacción regular de las necesidades colectivas de seguridad y bienestar de los individuos." En: Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General, 8° ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pág. 22

26 Artículo 2.- Objeto de la ley

Es objeto de la Ley propender al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como el cumplimiento de metas y resultados obtenidos por las instituciones sujetas a control, con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación.

públicos y las entidades a cargo de supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión provenientes de contratos de privatización.

f) Las empresas del Estado, así como aquellas empresas en las que éste participe en el accionariado, cualquiera sea la forma societaria que adopten, por los recursos y bienes materia de dicha participación.

g) Las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren.

h) En estos casos, la entidad sujeta a control, deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema.

6.4. Ley N° 27515 – Ley del Código de Ética de la Función Pública.

La Ley del Código de Ética de la Función Pública describe en su artículo 1º, el ámbito de aplicación de sus disposiciones, dentro del cual expresamente incluye a las Entidades de la Administración Pública, considerando como tales a todas aquellas indicadas en el artículo I de la Ley N° 27444, citado anteriormente.

El mencionado artículo dispone:

Artículo 1.- Ámbito de aplicación

Los Principios, Deberes y Prohibiciones éticos que se establecen en el presente Código de Ética de la Función Pública rigen para los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del presente Código.

Para los fines de la presente Ley se entenderá por entidad o entidades de la Administración Pública a las indicadas en el artículo 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, incluyendo a las empresas públicas.

6.5. Anteproyecto de Ley de Bases de la Administración Pública

Las diferentes leyes que se han mencionado en los numerales anteriores, tienen el común denominador de no haber señalado un criterio o elemento rector, que nos permita identificar a una Entidad Pública. En realidad, cada norma, establecía un listado para configurar una calificación de entidad pública, sin mayor sustento.

Quedaba claro, que a partir de las citadas leyes no era posible inferir el concepto de Entidad Pública, a pesar de tratarse de un concepto sumamente importante, pues con ello se podía entender con mayor claridad el ámbito de aplicación de las referidas normas, sin entrar en “zonas grises” o imprecisiones normativas.

El amplio listado de las Entidades Públicas ha permitido identificar a las entidades que comprenden la Administración Pública peruana, pero sin que ello implique un mayor análisis o sustento.

Frente a dicha inercia u omisión de parte del legislador, resulta oportuno evaluar los alcances del Anteproyecto

de Ley de Bases de la Administración Pública elaborado por la Comisión constituida el año 2005 por el Ministerio de Justicia, que estuvo presidida por el autor del presente artículo, en el cual se aborda la problemática de la noción de Entidad Pública.

En el artículo II del Título Preliminar del referido Anteproyecto, se detalla qué entidades están comprendidas en la Administración Pública en los siguientes términos:

Artículo II.- Ámbito de aplicación

1. La presente Ley establece los principios y lineamientos rectores que rigen a la Administración Pública en su conjunto, incluyendo a los organismos descentralizados funcionalmente, a los organismos descentralizados territorialmente, a los organismos constitucionalmente autónomos y a las empresas del Estado.

2. Para efectos de la presente Ley, la Administración Pública está integrada por:

2.1. El Gobierno Nacional, incluidos Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;

2.2. Los Gobiernos Regionales, incluidos sus organismos públicos descentralizados; 2.3 Los Gobiernos Locales, incluidos sus organismos públicos descentralizados;

2.4. Los Organismos Constitucionalmente Autónomos;

2.5 Las Universidades Nacionales;

2.6 El Poder Legislativo, en cuanto ejerza funciones administrativas;

2.7 El Poder Judicial, en cuanto ejerza funciones administrativas;

2.8 Las empresas comprendidas en el ámbito del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, únicamente en cuanto emitan decisiones administrativas, conforme a las leyes especiales;

2.9. Los Programas, Proyectos u otras dependencias que formen parte de una entidad pública, y que por razón de sus funciones tienen capacidad jurídica derivada, sea cual fuere su naturaleza, finalidad, duración, adscripción o fuente de financiamiento.

3. Sólo cuando la naturaleza de una norma especial con rango de ley así lo justifique, se podrá adoptar otra denominación de entidad distinta a la prevista en el presente artículo.

Tal como se puede apreciar, el concepto de Entidad Pública tampoco se puede inferir a partir de la citada disposición, no obstante ésta hace referencia a que la composición de la Administración Pública en el ordenamiento jurídico peruano está integrada por Entidades Públicas, incluyendo el Poder Legislativo, Judicial y empresas del Estado, en tanto ejerzan funciones administrativas.

El Anteproyecto no se limita en establecer un ámbito de aplicación de la norma, pues se intenta avanzar en una nueva aproximación al concepto de entidad pública, tratando que de manera uniformizada se entiendan varios conceptos, debido a la dispersión normativa existente en el ordenamiento jurídico peruano.

Por ello, es que en el Anteproyecto se estableció una noción de Entidad Pública, que sin ser tan detallada, precisa lo siguiente:

Artículo IV.- Definiciones

Las siguientes definiciones son de aplicación en la presente Ley y para todo cuerpo normativo en el que se regulen materias en que se apliquen estos conceptos:

(...)

10. Entidad Pública: Estructura organizativa del Estado, con o sin personalidad jurídica, que realiza actividades administrativas y por tanto, se consideran regidas por normas de derecho público. Dentro de este concepto genérico se incluye a los organismos públicos, empresas del Estado, programas y proyectos.

(...)

Según la exposición de motivos del referido Anteproyecto, se puede apreciar que lo que se ha buscado con la elaboración detallada de cada concepto contenido en el mismo, es establecer un conjunto de definiciones claras sobre las principales instituciones jurídicas que forman parte de la Administración Pública.

VII. La Noción de Entidad Pública en la Directiva N° 002-2010-PCM

Con la aprobación de la Directiva N° 002-2010-PCM/SGP contenida en la Resolución N° 734-2010-PCM, publicada el 14 de diciembre de 2010, se configura en el ordenamiento nacional una definición de Entidad Pública, la misma que se analizará a continuación.

En rigor, la noción de “Entidad Pública” en el ordenamiento jurídico peruano, hasta antes de la publicación y entrada en vigencia de la Directiva N° 002-2010-PCM, no era unívoca o precisa, puesto que tanto a nivel legislativo como jurisprudencial no se había desarrollado un concepto que la defina como tal.

7.1. Elementos Característicos de las Entidades Públicas

De acuerdo con la referida Directiva, la definición de “Entidad Pública” es la siguiente:

VI. DE LA JERARQUÍA NORMATIVA Y LA DEFINICIÓN DE ENTIDAD

La presente definición de Entidad Pública se rige con sujeción a la jerarquía y disposiciones de su marco normativo superior que se encuentra contenido en:

- 1. Constitución Política del Perú*
- 2. Leyes Orgánicas*
- 3. Otras Leyes que complementen las funciones, competencias y atribuciones de las entidades.*

Se considera Entidad Pública a toda organización del Estado Peruano, con Personería Jurídica de Derecho Público, creada por norma expresa en el que se le confiere atribuciones, mediante la administración de recursos públicos, para contribuir a la satisfacción de las necesidades y expectativas de la sociedad, y como tal está sujeta al control, fiscalización y rendición de cuentas. (las negritas son nuestras).

La definición antes señalada, resulta bastante novedosa en el ordenamiento jurídico peruano y nos permite identificar los siguientes aspectos.

a) Se trata de una definición sujeta a la jerarquía normativa

La Directiva sujeta la definición de “Entidad Pública” a las demás normas existentes en el ordenamiento jurídico de rango superior a la misma, puesto que la definición antes citada, no podría contradecir o desnaturalizar normas de rango legal o supra legal.

“(…) la noción de “Entidad Pública” en el ordenamiento jurídico peruano, hasta antes de la publicación y entrada en vigencia de la Directiva N° 002-2010-PCM, no era unívoca o precisa(…)”

En tal sentido, la definición de “Entidad Pública” no podría contradecir a la Constitución y tampoco a las Leyes, normas con rango de Ley o supra legal, cuando estas establecen en su ámbito de aplicación, qué entidades se entienden comprendidas dentro de la Administración Pública.

Cabe señalar, que la única referencia de “Entidad Pública” en la Constitución Política del Perú de 1993 se encuentra en el numeral 5 del artículo 2°, el cual está referido al derecho fundamental de acceso a la información pública y que establece lo siguiente:

*Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona
 Toda persona tiene derecho:*

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

(...)

En función de dicha disposición constitucional, es que la Defensoría del Pueblo, a través del Informe Defensorial N° 60, ha creado una noción de “Entidad Pública”, tomando como referencia las normas legales vigentes y por entrar en vigencia, así como también un conjunto de criterios doctrinarios que serán expuestos y analizados posteriormente.

b) Se debe tratar de una organización del Estado con Personería Jurídica de Derecho Público

Este elemento, en algunos casos, característico de una Entidad Pública, indica que la misma debe formar parte de la Organización del Estado.

Una simple lectura del enunciado expuesto, puede llevar a la equivocada idea, que este supuesto es adjetivo o

innecesario. En realidad, ello no es así, siendo inevitable hacer una breve referencia a los fines que persigue el Estado en procura del interés general.

En función de dicha finalidad, cada Estado puede adoptar la organización “que mejor le parezca”, en tanto cada uno es soberano en cuanto a su organización interna.

Por ello, es que en el caso del Perú, se ha adoptado una organización administrativa que obedece al sistema semi presidencialista establecido en la Constitución, diseñado en razón de un Poder Ejecutivo como el nivel de Gobierno Nacional, un Poder Legislativo encargado de la emisión de Leyes, un Poder Judicial encargado de la vigilancia y control de la constitución y las Leyes, los Organismos Constitucionalmente Autónomos cuyas funciones y finalidades han sido atribuidas por la Constitución y finalmente, los Gobiernos Regionales y Municipales, como niveles de Gobierno descentralizados.

Las empresas estatales se encuentran también dentro de la organización del Estado, no obstante no forman parte de la organización establecida en la Constitución, sino que forman parte del Poder Ejecutivo o de los Gobiernos Regionales o Locales, según corresponda o haya sido determinado por el Poder Ejecutivo, tal como lo dispone el artículo 41° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo²⁷.

Otro elemento establecido en la Directiva, es que toda Entidad Pública que forme parte de la organización del Estado debe tener personalidad jurídica de Derecho Público. Ello quiere decir, tal como dispone el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 0027-2005-PI/TC²⁸, con relación a la definición de los colegios profesionales, como entidades con personalidad jurídica de Derecho Público, lo siguiente:

2. (...) En principio, los colegios profesionales, de acuerdo con nuestra Constitución, se definen como instituciones autónomas de Derecho Público, lo que quiere decir que su creación, a diferencia de las asociaciones y sindicatos, está sujeta a la decisión del legislador a través de una ley.

Es importante señalar, que si bien la intención del Tribunal Constitucional no ha sido definir la personalidad jurídica de derecho público de una Entidad Pública propiamente dicha, se pueden identificar algunos elementos del concepto de “personalidad jurídica de Derecho Público”.

El citado concepto, alude a que la entidad que ostenta dicha calificación, haya sido creada por ley o norma legal y que, por tanto en virtud de la misma, sea autónoma.

27 Artículo 41.- Naturaleza y formalización

Corresponde al Poder Ejecutivo determinar el ámbito de actuación de las Empresas del Estado. La realización de actividades empresariales por parte del Gobierno Nacional debe estar formalizada a través de una forma jurídica empresarial y haber sido expresamente autorizada mediante ley ordinaria, en el marco de una economía social de mercado, conforme a lo establecido en la Constitución Política del Perú.

28 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0027-2005-PI/TC, de fecha 20 de febrero de 2006, sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Periodistas del Perú contra la Ley N° 26937.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/0027-2005-AI.html>

29 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3954-2006-PA/TC, de fecha 28 de octubre de 2004, sobre la acción de amparo interpuesta por José Antonio Nicanor Silva Vallejo contra el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Lima, a fin de que se deje sin efecto la Resolución N° 351-2003-DEP/CEP/CAL, del 26 de junio de 2003.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03954-2006-AA.html>

30 RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico. p. 85.

Siguiendo el mismo criterio, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el expediente N° 3954-2006-PA/TC²⁹, ha establecido también, con relación a la personalidad jurídica de Derecho Público de los colegios profesionales, lo siguiente:

28. (...) los fines que promueve como institución con personalidad de derecho público, esto es, los parámetros deontológicos y éticos exigidos por la sociedad a la que sirve, y a los principios y valores contenidos en sus estatutos.

En este punto, el Tribunal Constitucional aclara que los fines que persigue y promueven las instituciones con personalidad jurídica de Derecho Público son también de orden deontológico y ético, puesto que sirven a la sociedad y en esta medida, deben desempeñarse siguiendo los principios y valores establecidos en sus estatutos o normas de creación.

El criterio de que toda Entidad Pública debe formar parte de la Organización del Estado y que debe poseer personalidad jurídica de derecho público, es un elemento que sirve para identificar a una Entidad de la Administración pública, sin embargo, tal como se ha mencionado anteriormente en el presente documento, las Entidades Públicas existentes en el ordenamiento jurídico peruano, no se definen sólo por poseer personalidad jurídica de derecho público. Por ello, éste elemento no es el más importante dentro de la noción de Entidad Pública,

c) Se debe tratar de una organización creada por norma expresa

Este elemento se adapta a la realidad de cómo se crean y se han creado las Entidades Públicas en el ordenamiento jurídico peruano, puesto que a pesar de lo que pudiera guiar la lógica, muchas Entidades Públicas han sido creadas a través de normas de rango inferior al legal.

En este sentido, corresponde analizar qué se entiende por “norma expresa”, puesto que la amplitud del término puede abarcar desde una Resolución Administrativa que aprueba una Directiva de alcance general, como la que es materia de evaluación en el presente informe, así como también puede abarcar un Decreto Supremo, Decreto de Urgencia o una Ley dictada por el Congreso de la República.

Para autores como RUBIO CORREA³⁰, la norma jurídica es un mandato respaldado por la fuerza del Estado de que a cierto supuesto, debe seguir lógico – jurídicamente una consecuencia; y que en caso de incumplimiento, dicho respaldo de la fuerza del Estado implica el uso de la fuerza estatal para garantizar el cumplimiento del derecho.

Frente a dicho concepto, cabe agregar que toda norma jurídica tiene como principales características ser general y abstracta, puesto que ésta no puede ser creada para satisfacer intereses particulares, sino generales y, por ello tampoco puede tener destinatarios concretos, sino abstractos.

Es oportuno recordar que, de acuerdo a los tres planos gubernativos que existen formalmente en el Estado peruano (Gobierno Nacional, Regional y Local), le corresponden tres planos legislativos, los cuales están jerarquizados entre sí, de manera tal que la norma suprema o la que ostenta el mayor rango en el ordenamiento jurídico peruano es la Constitución, seguida de las demás normas que tengan rango supra legal, legal y así sucesivamente³¹.

Por tal razón, es que podría entenderse que una Entidad Pública, luego de la entrada en vigencia de la Directiva, puede ser creada por una norma jurídica sin importar el rango de la misma; sin embargo, ello no debe entenderse en esta dirección para todos los casos, puesto que la propia Directiva establece que no se deben vulnerar normas con rango legal, supra legal y de rango constitucional.

En este sentido, la Directiva no entraría en conflicto con las Entidades creadas anteriormente a su vigencia; sin embargo, para efectos de crear una nueva Entidad Pública, la Directiva admite la posibilidad de que cualquier norma jurídica expresa pueda crearla, puesto que no existe en el ordenamiento jurídico peruano una norma de rango legal o supra legal que defina o establezca criterios para la creación de Entidades Públicas.

En nuestra opinión, no constituye un criterio válido admitir que cualquier norma jurídica expresa pueda crear una Entidad Pública, puesto que ello puede resultar peligroso tanto para el presupuesto del Estado, como para la desburocratización administrativa.

De acuerdo a esta línea argumentativa, la creación de Entidades Públicas por una norma de cualquier rango entraría en conflicto con el elemento descrito, en la medida en que el Tribunal Constitucional ha reconocido que las instituciones con personería jurídica de Derecho Público, presuponen su creación por norma con rango legal. Siendo ello así, una Entidad Pública que forma parte de la Organización del Estado y con personería jurídica de derecho público, se entiende que con mayor razón debería deber su creación a una norma con rango legal o supra legal.

En esta parte de nuestro trabajo, debe advertirse que el elemento analizado en el presente inciso, si bien obedece a la realidad y permite identificar a toda Entidad Pública, no es preciso y puede generar confusiones en el caso de la creación de Entidades Públicas a futuro.

d) Se trate de una organización que administra Fondos Públicos

Este elemento responde a un criterio descriptivo de la realidad jurídica de las Entidades Públicas en el ordenamiento jurídico peruano, puesto que todas las Entidades Públicas, en principio, administran fondos públicos.

Los fondos públicos se encuentran comprendidos en la Cuenta General de la República³² y constituyen ingresos y egresos de naturaleza estatal. Forman parte del patrimonio del Estado y por ende, lo que suceda con ellos es de interés general y por tal motivo, la Contraloría General de la República como entidad rectora del Sistema Nacional de Control, es la encargada de supervisar el adecuado uso de dichos fondos públicos.

La trascendencia de este requisito, es que obliga a que toda Entidad Pública que administre fondos públicos, deberá estar sujeta a las normas de control, fiscalización y supervisión, sin perjuicio que ello, determine el carácter público de su origen.

e) Se trate de una organización que contribuya a la satisfacción de necesidades y expectativas sociales

Una Entidad Pública, creada o por crearse, debe tener la finalidad de cumplir necesidades y expectativas sociales, lo que quiere decir, es tratar de cumplir un conjunto de finalidades públicas o de interés general.

Si bien se trata de un concepto indeterminado, se puede comprender que una Entidad Pública no podría existir o ser creada para la satisfacción de necesidades o expectativas privadas o de un grupo de personas.

Ello quiere decir, que es correcto, esta vez, el criterio amplio según el cual, toda Entidad Pública debe satisfacer necesidades o intereses generales, puesto que remontándonos al inicio del presente informe, esta característica es la que más se acopla al origen y finalidad del Estado.

f) Se debe tratar de una organización sujeta a control, fiscalización y rendición de cuentas

Este elemento dentro de la definición de Entidad Pública resulta una consecuencia natural de considerar los anteriores elementos dentro de su definición, puesto que la pertenencia a la organización del Estado, la personalidad jurídica de derecho público, así como la administración de fondos públicos, hacen imperativa la necesidad de que toda Entidad Pública que cuente con los elementos antes mencionados, esté sujeta a control, tanto por parte de la Contraloría General de la República, como también de los demás órganos u organismos que tengan dicha función; asimismo estará sujeta a fiscalización y rendición de cuentas, en la medida que se administren fondos públicos.

31 RUBIO CORREA, Marcial. Op cit. p. 133-134.

32 KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. Derecho Constitucional Económico. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2009. p. 718-724.

6.2. Crítica a la Definición de Entidad Pública Establecida en la Directiva N° 002-2010-PCM

En función del análisis efectuado, se puede afirmar preliminarmente que la mayoría de los elementos que definen a la Entidad Pública, son correctos. No obstante ello, se estima que la definición adoptada por la Directiva, podría ser mucho más precisa y completa, puesto que podría determinar con claridad qué norma jurídica es la que se habilita para crear nuevas Entidades Públicas, en caso ello sea necesario.

Por otro lado, también es oportuno precisar que la Directiva no puede crear o determinar la existencia de Entidades Públicas sin que previamente, los organismos u órgano competentes realicen un análisis de los elementos que se han considerado en la Directiva para la definición de una Entidad Pública.

Ahora bien, conviene analizar el concepto establecido por la Directiva de acuerdo al Informe Defensorial N° 60, según el cual, la definición "Entidad Pública" parte de interpretar el numeral 5 del artículo 2° de la Constitución y cuyo contenido puede ser atribuido en función del desarrollo doctrinario de dicho término así como también, en función de un análisis de las normas con rango de ley que establecen en su ámbito de aplicación las Entidades Públicas que comprenden la Administración Pública³³.

El referido informe establece que una Entidad Pública es tal si goza de poderes, potestades, prerrogativas o competencias públicas no usuales en las personas privadas, asimismo hace referencia que el término "pública" no restringe su definición a lo "estatal", puesto que de acuerdo al texto constitucional, el concepto de Entidad Pública puede comprender tanto a personas jurídicas estatales como no estatales, estando dentro de esta última categoría, por ejemplo, las universidades privadas, los colegios profesionales, entre otros³⁴.

De igual modo, la noción de Entidad Pública ha sido identificada a partir de la amplia enumeración de las Entidades que comprenden la Administración Pública, según el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y en las disposiciones que determinan el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017, de la Ley N° 27785 - Ley del Sistema Nacional de Control y de Contraloría General de la República, Ley N° 27515 - Ley del Código de Ética de la Función Pública, y del Anteproyecto de Ley de Bases de la Administración Pública, entre otras, según se ha señalado anteriormente en el presente trabajo.

Debe destacarse que, si bien a partir de las referidas normas no se puede deducir un concepto de "Entidad Pública", es posible afirmar que, de acuerdo al Informe Defensorial N° 60, este concepto puede ser vinculado al concepto de "Administración Pública", no en términos de sinonimia, sino de pertenencia³⁵.

Asimismo, el concepto de Entidad Pública, también ha sido desarrollado por BREWER - CARIAS³⁶, quien considera lo siguiente:

Ahora bien, en cuanto a esas personas jurídicas estatales que son los sujetos de derecho cuyos órganos conforman la Administración pública, ellas son objeto de regulación por parte del derecho administrativo porque, en definitiva, son las que establecen relaciones jurídico - administrativas con los particulares.

De acuerdo con las disposiciones de las normas mencionadas y a lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que, según la Directiva, las Entidades Públicas forman parte de la Administración Pública del Estado y por ende son objeto de regulación del Derecho Administrativo, tienen personalidad jurídica de Derecho Público, son creadas por una norma legal de rango legal o supra legal, administran fondos públicos y están sujetas a control, fiscalización y rendición de cuentas.

En este sentido, en el rubro de Entidad Pública contemplado en la Directiva, sólo entrarían los organismos del Estado con personalidad jurídica de Derecho Público, obviando a los programas, proyectos y demás órganos que sin tener una estructura compleja, en los hechos se desempeñan como una entidad pública más en el ordenamiento jurídico peruano.

En función de lo expuesto, la noción establecida en la Directiva es incompleta, puesto que no considera todos los escenarios existentes en el ordenamiento jurídico peruano y que han sido expuestos anteriormente; no obstante ello, debe rescatarse que la noción que establece la Directiva, puede mejorarse, admitiendo que existen entidades públicas sin personalidad jurídica como los programas y proyectos; así como también, estableciendo, que éstas ejercen funciones administrativas.

La falta de precisión en la definición de Entidad Pública constituye una latente complicación en los procesos disciplinarios que siguen algunas Entidades, especialmente en los casos de Proyectos y Programas presupuestales, pues al calificar a estos sujetos de derecho como Entidades Públicas para la aplicación de normas que expresamente así lo señalen, indirectamente los excluye de tal calificación en otros supuestos, como es el caso de la facultad de sanción del personal a su servicio.

En otros términos, existen Entidades Públicas que pueden calificar como tales para la contratación de bienes y/o servicios en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, y para ser sujetos de control en el marco de las normas que regulan la actividad de la Contraloría General de la República, pero que a nivel de organización del personal a su servicio - lo cual incluye las sanciones a dicho personal- se encuentran imposibilitadas de ordenar las directrices correspondientes, por cuanto ellas se encuentran reguladas como competencias de

33 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 60. El acceso a la información pública y la "cultura del secreto". Setiembre de 2001. p. 53-54.

34 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Op cit. p. 54

35 DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Op cit. p. 57.

36 BREWER - CARIAS, Allan R. En: Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2005. Tomo II, pág. 159.

otras Entidades Públicas, tal y como sucede con los Proyectos y Programas presupuestales.

Finalmente, es preciso señalar que la noción de “Entidad Pública” está estrechamente relacionada con la noción de Administración Pública, que su personalidad jurídica de derecho público no es un requisito para su existencia, así como también que el ejercicio de funciones y potestades administrativas sí sería un rasgo distintivo esencial; no obstante, todos estos criterios adicionales no se aprecian en la definición de la Directiva, por lo que se tiene una definición inexacta que necesariamente requiere ser mejorada.

VIII. Conclusiones

8.1. Con Respecto a la Estructura del Estado Peruano

8.1.1. A nivel de los criterios rectores para la organización del Estado, se reconoce que éste se sustenta en el principio de unidad del poder. De acuerdo a ello, se entiende que al interior del Estado se reconocen tres funciones comunes a las diversas entidades, como es el caso de las funciones legislativa, jurisdiccional y administrativa.

8.1.2. De conformidad con la Constitución de 1993, el Gobierno peruano se estructura en tres niveles, de acuerdo a una estructura de descentralización del poder. Los niveles de gobiernos son el Central o Nacional, el Regional y el Municipal o Local.

8.2. La Relación entre un Ministerio, un Programa y un Proyecto

8.2.1. Los Ministerios se organizan en base a la creación o la determinación normativa de los sectores. Por ello, se organizan como organismos públicos pertenecientes al Poder Ejecutivo, y específicamente al nivel del Gobierno Central.

8.2.2. Los Ministerios al cumplir con la dirección del sector, se organizan como un entidad perteneciente al Poder Ejecutivo, y específicamente al nivel del Gobierno Central.

8.2.3. Los Ministerios para el cumplimiento de sus funciones específicas, pueden crear Programas y Proyectos Especiales en el ámbito de competencia del Poder Ejecutivo, los mismos que están adscritos a un Ministerio o en su caso, a un Organismo Público.

8.2.4. Un Programa es una estructura funcional creada para atender un problema o situación crítica concreta, o implementar una política pública específica.

8.2.5. Un Proyecto Especial es un conjunto articulado y coherente de actividades orientadas a alcanzar uno o varios objetos en un período limitado de tiempo y siguiendo una metodología definida. Se puede apreciar entonces que su naturaleza es temporal.

8.2.6. Los Programas y Proyectos son estructuras funcionales dentro de un Ministerio u Organismo Público, es decir, pertenecen a éste por lo que desde el punto de vista organizacional no son distintos.

8.2.7. Los Programas o Proyectos tiene por ficción jurídica la condición de entidades públicas. Sin embargo, no tienen personería jurídica propia. Se trata de sujetos de derecho que por mandato legal, han adquirido la condición de entidades públicas y técnicamente, tienen la condición de órganos que forma parte integrante de un Ministerio.

8.2.8. La Directiva emitida por la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros, no resuelve el concepto de Entidad Pública, y por otra parte, no resuelve la situación jurídica creada por otros normas con rango de ley, que expresamente atribuyen la condición de entidades a los Proyectos y Programas.

8.3. La Calificación de un Programa o Proyecto como Unidad Ejecutoras

8.3.1. Un Pliego es una entidad del Sector Público a la que se le aprueba una asignación en el presupuesto anual para el cumplimiento de las actividades y/o proyectos a su cargo. A su vez, cada Pliego Presupuestal está compuesto por uno o más Unidades Ejecutoras.

8.3.2. Las Unidades Ejecutoras están definidas como las instancias orgánicas con capacidad para desarrollar funciones administrativas y contables. Formas parte del Pliego Presupuestal del Sector al cual pertenecen, pues como se ha podido apreciar dependen de cada Sector.

8.3.3. La responsabilidad del manejo presupuestal corresponde al ente tutelar, como titular del pliego. Asimismo, la responsabilidad política no puede ser asignada al ente tutelado sino al tutelar, por lo cual dicho rol se imputa al Ministro del sector, razón por la cual este último desempeña un rol de supervisión.

8.4. La Definición de Entidad en el Estado Peruano

8.4.1. La noción de Entidad Pública hasta antes de la emisión de la Directiva N° 002-2010-PCM/SGP y que ha sido materia del presente artículo, no es uniforme. Por ello, los criterios establecidos en la Directiva son relevantes para determinar cuándo nos encontramos o no, ante una Entidad Pública.

8.4.2. La definición establecida en la Directiva comprende una serie de elementos de suma importancia, pero es necesario que se delimite con certeza a nivel de la legislación administrativa, que toda Entidad Pública ejerce función administrativa, si la personalidad jurídica es o no, un criterio determinante; y que sólo las normas jurídicas de un nivel legal o supra legal pueden crear Entidades Públicas .