

Fundamento Constitucional de la Responsabilidad Administrativa Disciplinaria: Una Mirada Crítica de la Regulación del Nuevo Régimen del Servicio Civil

Kenny Díaz Roncal*

Resumen:

A la luz de la compleja situación del extenso régimen peruano, en el presente artículo se analizará el sustento constitucional del régimen disciplinario y procedimiento sancionador. Asimismo, se analizará si la actual regulación de la Ley de Servicio civil coincide con estos fundamentos y el extenso régimen de la normativa laboral peruana enfocándose, de esta manera, en el desarrollo legislativo sobre aquellas facultades otorgadas a las autoridades encargadas, específicamente, en lo referido al régimen disciplinario y procedimiento sancionador.

Palabras clave:

Ley de Servicio Civil – Régimen Disciplinario – Procedimiento Sancionador – Facultades – Competencias – Garantía

Abstract:

In light of the plight of the vast Peruvian regime, in this article, the constitutional grounds of the disciplinary regime and sanctioned procedure will be discussed; and if the current regulation of the civil service law consistent with these fundamentals and the extensive regime of Peruvian labor laws in the legislative development focusing on those powers granted to authorities specifically with regard to the disciplinary measures and disciplinary proceedings.

Keywords:

Civil Service Law – Disciplinary System – Disciplinary Proceedings – Faculty – Competence – Warranty

Sumario:

1. Introducción – 2. Sustento Constitucional – 3. El nuevo régimen disciplinario y procedimiento sancionador de la Ley del Servicio Civil, a la luz del fundamento de la responsabilidad administrativa disciplinaria – 4. El cuestionado ámbito de aplicación del título sobre el régimen disciplinario y procedimiento sancionador de la ley del servicio civil – 5. Vigencia del régimen disciplinario y procedimiento sancionador de la LSC- 6. Comentario sobre las competencias del órgano sancionador en el marco del procedimiento administrativo disciplinario – 7. Conclusiones

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de la misma Casa de Estudios y Asesor de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

1. Introducción

La doctrina y jurisprudencia convienen en que una relación laboral se configura ante la presencia de tres elementos esenciales: prestación personal de servicios, subordinación, y remuneración. Un servicio con tales características puede brindarse para una persona jurídica de derecho privado o para una de derecho público. No parece razonable que la calidad jurídica del empleador termine por trastocar la naturaleza del vínculo entre las partes¹. No obstante, sí es cierto que los intereses pretendidos por el empleador privado difieren de los del Estado como empleador.

En atención a dicha diferencia de objetivos, coincidimos con Edgardo Balbín cuando afirma que en ese último caso, se deben armonizar algunas instituciones del Derecho Laboral, con ciertos intereses que irradian el empleo público². Menciona entre ellos el ingreso por mérito y concurso público, la carrera profesional, la extinción necesariamente casualizada de la relación laboral, el régimen de incompatibilidades y la negociación colectiva. Nosotros añadiríamos la existencia de responsabilidad administrativa disciplinaria.

Toda vez que la función pública³ debe ejercerse con objetividad y, en consecuencia, bajo el principio de legalidad, se requiere de herramientas que garanticen la labor imparcial de los trabajadores estatales. En ese sentido, la existencia de responsabilidad administrativa disciplinaria busca evitar la arbitrariedad de tales trabajadores. Asimismo, como indica Marina Jalvo, dicha responsabilidad tiene una situación jurídica activa representada por el poder disciplinario, pilar fundamental sobre el cual reposa la organización de las entidades públicas⁴.

Entonces, para lograr la concreción de la responsabilidad administrativa disciplinaria y del poder disciplinario de las entidades públicas, se requerirá de un procedimiento que tenga por objeto determinar si es que el trabajador estatal observó las conductas establecidas por el ordenamiento jurídico aplicable, procedimiento que se constituirá como el método de control de la arbitrariedad de los trabajadores estatales.

En el Perú, el régimen disciplinario en el Estado no ha tenido una regulación uniforme. Recordemos.

Sin tomar en cuenta las carreras especiales, podemos afirmar que en la actualidad existen tres grandes regímenes laborales en el Estado. El régimen laboral de la carrera administrativa, regulado por el Decreto Legislativo N° 276; el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Legislativo N° 728; y el régimen del contrato administrativo de servicios, regulado por el Decreto Legislativo N° 1057. Cada régimen citado cuenta con regulación propia acerca de los derechos y obligaciones de las partes, generando –específicamente en lo que respecta al régimen disciplinario y procedimiento sancionador– una dispersión normativa que ha llevado incluso a que cada entidad pública regule sus procedimientos disciplinarios de manera autónoma por medio de Directivas internas.

En julio del año 2013 se emitió la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, LSC), cuyo Reglamento General se aprobó por medio del Decreto Supremo N° 40-2014-PCM en junio de 2014 (en adelante, Reglamento General de la LSC). La referida Ley tiene por objeto establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios para el Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios. Esta vocación de plenitud ha tenido incidencia en el régimen disciplinario y procedimiento sancionador en el Estado, pretendiendo unificar los criterios para todas las entidades públicas.

Tomando en cuenta lo mencionado, en este trabajo nos preocupamos por analizar el sustento constitucional del régimen disciplinario y procedimiento sancionador, nos preguntamos si es que la actual regulación de la LSC se condice con los fundamentos mencionados párrafos atrás, analizamos su ámbito de aplicación, las facultades con que cuentan las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario y, finalmente, hacemos referencia a la vigencia de dicha normativa.

2. Sustento constitucional

La Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) establece que todos los trabajadores estatales están al servicio de la Nación (artículo 39), asimismo remite a la Ley la regulación de sus responsabilidades (artículo 40), así como el plazo de su inhabilitación para la función pública (artículos

1 Al respecto, se puede revisar el debate entre la tesis estatutaria y la contractualista.

2 BALBÍN TORRES, Edgardo. Sobre el derecho de negociación colectiva de los trabajadores estatales y la normativa presupuestal. En: Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2008. P. 500

3 Para efectos de este trabajo, superaremos la discusión acerca de quiénes ejercen función pública y asumiremos que todo trabajador estatal, indistintamente de su modalidad contractual y cargo, la ejerce.

4 MARINA JALVO, Belén. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Valladolid: Lex Nova. 2006. P. 27.

41). La Constitución, por tanto, reconoce que los trabajadores estatales están al servicio de la nación y no al de intereses particulares, condicionando su actuar a lo estrictamente definido por Ley, lo que se relaciona con el deber de imparcialidad y objetividad que debe gobernar su actuación.

Por otro lado, la Constitución delega en el legislador la tarea de regular las responsabilidades y plazo de inhabilitación de los trabajadores estatales. Sobre ello, nuestro Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se pronunció en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0005-2005-AI/TC, señalando que el texto constitucional reconoce la existencia de una carrera administrativa para los servidores públicos, pero también que el ingreso a ella y los derechos, deberes y responsabilidades serán regulados por ley, indicando que estamos frente a un bien jurídico garantizado por la Constitución cuyo desarrollo se delega al legislador (Fundamento Jurídico N° 44).

En igual sentido, en la reciente sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, el TC señala que el artículo 40 de la Constitución reitera que toda limitación de un derecho fundamental debe provenir de una ley, exigencia del respeto al principio de legalidad que se deriva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por ejemplo, en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (literal c) del Fundamento Jurídico N° 8).

La exigencia establecida por la Constitución y resaltada por el TC, referida a que sea la Ley la que desarrolle la responsabilidad administrativa disciplinaria de los trabajadores estatales, no se veía satisfecha con la dispersión normativa con la que se regulaba el procedimiento administrativo disciplinario en el Perú, toda vez que se dejaba al arbitrio de cada entidad pública el desarrollo de dicho procedimiento (en base a lo regulado por el régimen laboral al cual se encontraba adscrito el trabajador).

La nueva normativa tiene la virtud de emitirse por medio de una Ley, aprobada con la legitimidad del Congreso de la República y ya no por Decretos Legislativos y normas infralegales, como las Directivas internas de las entidades públicas que regulaban de manera independiente los procedimientos disciplinarios. Esta referencia deja de ser anecdótica y se convierte en un primer filtro que la LSC supera.

3. El Nuevo Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley del Servicio Civil, a la luz del fundamento de la Responsabilidad Administrativa Disciplinaria

Hemos concluido en la parte introductoria del presente trabajo que la responsabilidad

administrativa disciplinaria busca ser la garantía para el control de la arbitrariedad de los trabajadores estatales, se persigue en virtud del poder disciplinario de la administración pública y se materializa por medio del procedimiento administrativo correspondiente. Un primer acercamiento a la nueva regulación que ofrece la LSC buscará comprobar si es que ésta se condice con el fundamento antes comentado.

El artículo 91 del Reglamento General de la LSC establece que la responsabilidad administrativa disciplinaria es aquella que exige el Estado a los servidores civiles por las faltas previstas en la Ley que cometan en el ejercicio de las funciones o de la prestación de servicios, iniciando para tal efecto el respectivo procedimiento administrativo disciplinario e imponiendo la sanción correspondiente, de ser el caso.

Después de una primera lectura, observamos que la norma acota la responsabilidad administrativa disciplinaria a los servidores civiles. Al respecto, el literal i) del artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de la LSC, define dicho concepto comprendiendo en él a:

- i) Toda la clasificación realizada por la LSC (funcionario público, directivo público, servidor civil de carrera y servidor de actividades complementarias);
- ii) Trabajadores adscritos al Decretos Legislativos N°276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público;
- iii) Trabajadores adscritos al Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral;
- iv) Trabajadores adscritos al Decreto Legislativo N° 1057, Contrato Administrativo de Servicios;
- v) Trabajadores adscritos a carreras especiales de acuerdo a Ley;
- vi) Trabajadores contratados bajo la modalidad de contratación directa a que hace referencia la LSC.

Consideramos positiva la inclusión de todo trabajador estatal dentro del concepto de "servidor civil", puesto que al día de hoy ninguna entidad pública ha migrado al nuevo régimen del servicio civil y, teniendo en cuenta que la LSC tiene vocación de plenitud, debe tenderse a unificar los criterios de los procedimientos disciplinarios de los trabajadores que actualmente prestan servicios para el Estado. Además, dado que el tránsito al nuevo régimen del servicio civil, para los trabajadores que actualmente tienen un

vínculo laboral bajo cualquiera de los regímenes laborales vigentes, es voluntario, será posible la preexistencia de trabajadores adscritos a los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728, cuando el nuevo régimen se encuentre vigente⁵, lo que hace positiva su inclusión dentro del concepto “servidor civil”.

No obstante lo comentado, debemos mencionar con preocupación que la nueva regulación omite mencionar a los “ex servidores” como sujetos pasivos de la responsabilidad administrativa disciplinaria, restringiendo su aplicación únicamente a quienes tienen un vínculo laboral vigente y en el ejercicio de sus funciones incurrir en alguna falta contemplada por la Ley.

Si bien la norma comentada hace referencia a ex servidores, la responsabilidad que expresamente la LSC (artículo 86) y su Reglamento General (artículo 99) han previsto para ellos, se remite a lo establecido por el artículo 241 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), que sanciona actos realizados con posterioridad a la extinción del vínculo⁶.

En ese mismo sentido, el punto 5.5. de la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPSC, aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-2015-SERVIR-PE, emitida por la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), ente rector del sistema de gestión de recursos humanos en el Estado, dentro de sus facultades normativas⁷, define el concepto de “ex - servidor” como aquella persona que “no ejerce funciones públicas en ninguna entidad pública, bajo modalidad contractual alguna”, lo que podría ratificar que la responsabilidad administrativa disciplinaria que se le atribuye a ellos, en el nuevo régimen del servicio civil, es la que generen con posterioridad a la extinción de su vínculo.

En el cuadro siguiente, se pueden evidenciar las características de la responsabilidad administrativa, conforme ha sido regulada por el nuevo régimen del servicio civil. En ese sentido, se

diferencia el caso de un servidor civil (con vínculo laboral vigente) y el de un ex servidor civil (con vínculo laboral concluido):

| Características | Servidor civil | Ex servidor civil |
|---|----------------|-------------------|
| Tiene vínculo laboral vigente | Sí | No |
| Genera responsabilidad por acciones cometidas durante el ejercicio de sus funciones | Sí | No |
| Genera responsabilidad por acciones cometidas con posterioridad a la extinción de sus funciones | No | Sí |

Elaboración propia

No existe referencia en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N° 1846-2012-PE que propuso la creación de la Ley del Servicio Civil, acerca de la distinción, para efectos de la atribución de la responsabilidad administrativa disciplinaria, entre “servidor civil” y “ex-servidor civil”. Sin embargo, lo cierto es que conforme se encuentra regulada la institución en el nuevo régimen del servicio civil, estamos convencidos que, en algunos casos, generará impunidad, circunstancia abiertamente contraria al fundamento de la responsabilidad administrativa.

Nos explicamos. Toda vez que la responsabilidad administrativa disciplinaria que regula la LSC por la comisión de faltas durante el ejercicio de sus funciones, es atribuible sólo a quienes tienen vínculo laboral vigente, la norma motiva a que los servidores civiles que hayan cometido una falta, renuncien a su cargo para extinguir su vínculo laboral y con ello librarse de la posible sanción. Para graficar lo expuesto planteamos el siguiente ejemplo:

- i) “X” es un Inspector de Trabajo que durante el ejercicio de sus funciones para la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), incurrió en una conducta tipificada como falta, según la LSC.
- ii) Consciente que la responsabilidad administrativa disciplinaria que regula la LSC por la comisión de faltas durante el ejercicio de sus funciones, es atribuible sólo a quienes

5 Al respecto, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el literal b) de la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la LSC, el régimen del Decreto Legislativo N° 1057 será de aplicación hasta la culminación del proceso de implementación del nuevo régimen del servicio civil, lo que hará imposible que aquel régimen conviva con el del 30057.

6 Artículo 241.- Restricciones a ex autoridades de las entidades
241.1 Ninguna ex autoridad de las entidades podrá realizar durante el año siguiente a su cese alguna de las siguientes acciones con respecto a la entidad a la cual perteneció:

241.1.1 Representar o asistir a un administrado en algún procedimiento respecto del cual tuvo algún grado de participación durante su actividad en la entidad.

241.1.2 Asesorar a cualquier administrado en algún asunto que estaba pendiente de decisión durante su relación con la entidad.

241.1.3 Realizar cualquier contrato, de modo directo o indirecto, con algún administrado apersonado a un procedimiento resuelto con su participación.

241.2 La transgresión a estas restricciones será objeto de procedimiento investigatorio y, de comprobarse, el responsable será sancionado con la prohibición de ingresar a cualquier entidad por cinco años, e inscrita en el Registro respectivo

7 Artículo 11°.- Atribuciones de la Autoridad

La Autoridad ejerce las siguientes atribuciones:

a) Normativa, que comprende la potestad de dictar, en el ámbito de su competencia, normas técnicas, directivas de alcance nacional y otras normas referidas a la gestión de los recursos humanos del Estado;

(...)

tienen vínculo laboral vigente, a los pocos días de incurrir en la conducta infractora, "X" presenta su carta de renuncia a SUNAFIL.

iii) En esas circunstancias, pueden presentarse dos posibles escenarios:

- El primero, que la entidad pública no conozca de la falta cometida por "X" y, en consecuencia, no inicie el procedimiento administrativo disciplinario. En este caso, el vínculo se extinguirá sin que medie sanción disciplinaria.
- El segundo, que la entidad pública conozca de la falta cometida por "X" y, en consecuencia, inicie el procedimiento administrativo disciplinario. No obstante, en este caso, considerando el trabajo del secretario técnico y la duración misma del procedimiento que puede extenderse hasta los 40 días (20 en la fase inductiva y 20 –con ampliación– en la sancionadora), el vínculo también se extinguirá sin que medie sanción disciplinaria.

iv) Al haberse extinguido el vínculo laboral entre "X" y SUNAFIL, aquel deja de ser considerado "servidor civil" y pasa a la categoría de "ex-servidor civil", con lo cual la única responsabilidad administrativa disciplinaria que se le podrá atribuir será la generada con posterioridad a la extinción del vínculo laboral. Dejando la falta cometida durante el ejercicio de sus funciones como Inspector de Trabajo, sin la respectiva determinación de sanción, afectando el interés público.

Conforme a lo expuesto, se colige de la regulación de la LSC y de su Reglamento General, que los ex servidores civiles al extinguir el vínculo laboral, quedan libres de responsabilidad administrativa disciplinaria generada durante el ejercicio de sus funciones. Consideramos que esta regulación no se condice con el fundamento de la responsabilidad administrativa disciplinaria, en tanto no garantiza el control de la arbitrariedad de los servidores civiles.

No obstante, superando los cuestionamientos antes señalados, SERVIR, mediante el Informe N° 871-2015-SERVIR/GPGSC, indica que la condición de servidor o ex-servidor se adquiere en el momento que ocurren los hechos pasibles de responsabilidad administrativa disciplinaria. De esa manera, indica el ente rector del sistema de gestión de recursos humanos en el Estado, en el punto 2.3 del referido Informe:

"(...) si a una persona desvinculada al día de hoy de la administración pública, se le va a iniciar procedimiento administrativo disciplinario

por hechos ocurridos durante la vigencia de su vínculo contractual con el Estado (...) las reglas aplicables al procedimiento (incluidos los plazos de prescripción) serán las correspondientes a un servidor."

En suma, lo que ahora plantea SERVIR es que las personas que no cuenten con vínculo laboral con el Estado, serán tratadas como servidores, para efecto del procedimiento administrativo disciplinario, si es que los hechos materia de sanción se cometieron durante el ejercicio de sus funciones, sin mencionar que ello no ha sido establecido por la LSC ni por su Reglamento General. Partamos de asumir que lo afirmado por SERVIR es correcto, en caso la persona que ya no cuenta con vínculo laboral sea tratada como servidor civil, podría atribuírsele la sanción de suspensión. Sin embargo, tal sanción supondría un imposible jurídico toda vez que al no contar con vínculo laboral vigente, no habría relación jurídica que se pueda suspender.

SERVIR, entonces, pretende superar una discusión que tiene como objeto de cuestionamiento la nueva regulación de la LSC y de su Reglamento General respecto del procedimiento administrativo disciplinario, en lo que respecta a la atribución de responsabilidad administrativa disciplinaria de los ex servidores civiles. SERVIR debería partir de que la normativa en cuestión tiene ciertos vicios y requiere de una interpretación conforme con la Constitución, con mayor razón si es que es el mismo artículo 102 del Reglamento General el que establece que *"para el caso de los ex servidores la sanción que les corresponde es la inhabilitación para el reingreso al servicio civil hasta por cinco (5) años, de conformidad a lo establecido en la Ley 27444."* Sanción única que se opone al criterio que SERVIR pretende establecer, en virtud del cual se podría atribuir a los ex servidores, cualquiera de las 3 sanciones que establece la LSC.

Otro problema asociado al anteriormente señalado, está relacionada con la atribución de responsabilidad administrativa disciplinaria por una falta cometida en el ejercicio de las funciones, en el caso de reingreso a la función pública. Es una práctica constante que servidores civiles extingan su vínculo laboral con una entidad pública y, con posterioridad, inicien un nuevo contrato de trabajo con la misma o a otra entidad. El caso que planteamos tiene que ver con el servidor civil que durante su primer vínculo, durante el ejercicio de sus funciones, incurrió en una conducta tipificada como falta por la LSC, no obstante no se le inició el respectivo procedimiento disciplinario. ¿Es posible que al iniciar un nuevo vínculo laboral con la misma o con otra entidad, se le pueda atribuir la responsabilidad generada con anterioridad, durante su primer vínculo?

Desde nuestro punto de vista, sí es posible, atendiendo al fundamento de la responsabilidad administrativa disciplinaria que obliga a irradiar sus efectos a los ex servidores civiles o a aquellos que reingresen a la función pública, toda vez que el interés público se habría afectado y se hace necesaria la atribución de responsabilidades. Sin embargo, el concepto de empleador único que recae en el Estado, tesis que ha sido ratificada por el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 206-2005-PA/TC, supone que en relación a los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se debe considerar que el Estado es el único empleador en las diversas entidades de la Administración Pública (Fundamento Jurídico N° 21). Ello, en virtud de que el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 276, establece que para los efectos de la Carrera Administrativa y el Sistema Único de Remuneraciones, la Administración Pública constituye una sola Institución.

En consonancia con tal criterio, a decir del Informe Técnico N° 311-2015-SERVIR/GPGSC de SERVIR, que si bien absuelve una consulta presentada con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen disciplinario, se pronuncia sobre regímenes laborales actualmente vigentes, indicando que el concepto en cuestión solo aplica para el régimen regulado por el Decreto Legislativo N° 276, no así para los regulados por los Decretos Legislativos N° 728 y 1057. No obstante, no cuenta con una exposición de argumentos respecto de por qué dicha concepción no podría trasladarse a los otros regímenes, dejando abierta la peligrosa posibilidad de la inmunidad.

4. El cuestionado ámbito de aplicación del título sobre el Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley del Servicio Civil

Recordemos que el artículo I de la LSC, establece que el objeto de la norma es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión. No obstante, en una clara contradicción con dicho objeto, su Primera Disposición Complementaria Final (en adelante, Primera DCF) dispone que no están comprendidos en la LSC los trabajadores de las empresas del Estado, los servidores civiles del BCR, del Congreso de la República, de la SUNAT, de la SBS y AFP, de la Contraloría General de la República, los que se encuentran sujetos a carreras especiales, así como los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales (en adelante, los supuestos excluidos).

La norma plantea, por lo tanto, una exclusión del ámbito de aplicación de la LSC. Sin embargo, la misma Primera DCF establece una excepción dentro de la excepción. Nos explicamos. La referida disposición prescribe que todos los supuestos excluidos se rigen, de manera supletoria, por la LSC en cuanto a los siguientes aspectos: artículo III del Título Preliminar, referido a los Principios de la LSC; título II, referido a la Organización del Servicio Civil; y el Título V, referido al Régimen Disciplinario y Proceso Administrativo Sancionador. En ese sentido, por regla general, la norma especial aplicable para regular los temas relacionados con los títulos antes mencionados (incluyendo el régimen disciplinario y proceso administrativo sancionador) será la que se encuentre actualmente vigente en la entidad pública (que incluso podría ser una norma infralegal, contraviniendo la prescripción constitucional), y solo en defecto de ello aplicaría la LSC.

Por su parte, el literal a) de la Novena Disposición Complementaria Final (en adelante, la Novena DCF) regula la vigencia de los títulos de la LSC (incluyendo el régimen disciplinario y proceso administrativo sancionador), estableciendo las reglas para la aplicación inmediata y aplicación diferida. En cualquiera de los dos casos, la disposición comentada comprende de manera expresa a los servidores civiles de los regímenes de los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728, como sujetos afectos a dichas reglas de aplicación, omitiendo referirse a los trabajadores cuyos derechos se regulan por el Decreto Legislativo N° 1057, contrato Administrativo de Servicios.

Veamos ahora si es que el Reglamento General de la LSC ha tratado de superar esta omisión. Dicho Reglamento distingue entre las normas que son de aplicación general y aquellas que son de aplicación específica. En tal virtud, el Libro I establece las normas que son comunes a todos los regímenes laborales (en el Estado) y a todas las entidades públicas. Este criterio de clasificación de las normas se ve reforzado por la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento General (en adelante, Segunda DCF del Reglamento), la misma que establece que el mencionado Libro I es de aplicación transversal a todas las entidades públicas⁸, así como a todos los servidores civiles.

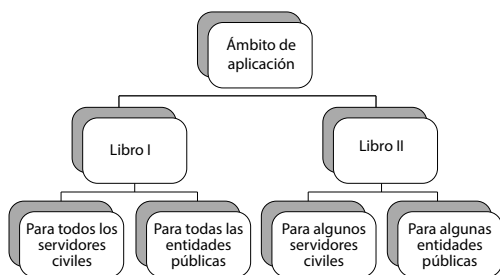
En ese sentido, se establece en la referida disposición complementaria final que el Libro I no es de aplicación exclusiva para las entidades públicas que transiten (aquellas que cuenten con "Resolución de inicio del proceso de implementación") o migren (aquellas que cuenten

8 Las entidades públicas son las aludidas en el artículo 1 de la LSC, así como las entidades públicas tipo B aludidas en el literal a) del artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General.

con “Resolución de culminación del proceso de implementación”) al nuevo régimen, ni tampoco exclusivo para los servidores que sean contratados bajo la LSC; sino que también será de aplicación para los siguientes casos:

- i) Entidades públicas que **no cuenten** con resolución de inicio del proceso de implementación;
- ii) Entidades y supuestos excluidos enumerados en la primera disposición complementaria final de la LSC; y
- iii) Personas designadas para ejercer una función pública o un encargo específico, bajo un régimen o una forma de contratación diferente a la LSC.

Bajo este enfoque, entonces, podemos concluir que el Reglamento General de la LSC establece una regla en cuanto a su ámbito de aplicación. Así, siempre que la institución o materia a tratar se encuentre en el Libro I, será de aplicación transversal (para toda entidad y para todo servidor civil). Por el contrario, si la institución o materia a tratar se encuentra en el Libro II, sólo será de aplicación para algunos servidores civiles y entidades públicas, conforme podemos evidenciar en el siguiente esquema:



Elaboración propia

El régimen disciplinario y procedimiento sancionador se encuentra dentro del Libro I del Reglamento General, en consecuencia, bajo la regla general sería de aplicación transversal. No obstante, el artículo 90 del Capítulo I, del Título VI, referido a dicha materia, parece ofrecernos una excepción. Dicho artículo lleva como título “Ámbito de aplicación” y en el desarrollo establece que “las disposiciones de este Título se aplican a los siguientes servidores civiles”.

Hasta aquí tenemos dos referencias importantes. La primera hace alusión a que en relación al régimen disciplinario y procedimiento sancionador, es necesario establecer un ámbito de aplicación específico, de lo contrario no tendría razón ese artículo 90, hubiera sido suficiente con la Segunda DCF del Reglamento. La segunda referencia del

artículo 90 del Reglamento General es la más importante, puesto que es la clásica fórmula en virtud de la cual de un universo dado, se toma una parte y se excluye al resto. Nos explicamos. El universo en este caso estaría compuesto por los servidores civiles, concepto que como hemos mencionado con anterioridad, incluye a todos los trabajadores estatales, independientemente de su nivel de gobierno y régimen laboral.

En ese sentido, lo que propone el artículo 90 del Reglamento General es tomar a ciertos servidores civiles del universo antes señalado y excluir al resto. De lo contrario, nuevamente, no tendría sentido la referencia que realizan en cuanto a que las disposiciones del régimen disciplinario y procedimiento sancionador “se aplican a los siguientes servidores civiles”.

¿A quiénes comprende, entonces, el Título sobre el régimen disciplinario y procedimiento sancionador? De acuerdo con el referido artículo 90, estarían dentro del ámbito de aplicación los funcionarios públicos (menos los de elección popular), los directivos públicos, los servidores civiles de carrera, los servidores de actividades complementarias y los servidores de confianza. No incluye a ningún otro servidor civil, por lo que, de acuerdo a su redacción, dicho Título no afectaría a los servidores civiles adscritos a los regímenes regulados por los Decretos Legislativos N° 276, N° 728, N° 1057, ni a los supuestos excluidos.

Por tanto, incluso podríamos afirmar que el Reglamento General de la LSC incurre en una omisión más grosera que la de la misma Ley. Sin embargo, para superar esta nueva omisión corresponde hacer una lectura conforme con la Ley que, como hemos hecho párrafos atrás, establece reglas específicas para la vigencia de determinados títulos e indica que se les aplicarán dichas reglas a los trabajadores cuyos derechos se regulan por los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728; asimismo, establece también que el régimen disciplinario y procedimiento sancionador será de aplicación supletoria para los supuestos excluidos. Por lo tanto, volvemos al punto inicial y reparamos en que los únicos trabajadores excluidos dentro del ámbito de aplicación de este título son los que regulan sus derechos bajo el Decreto Legislativo N° 1057.

Al respecto, SERVIR, por medio del Informe Técnico No. 424-2014-SERVIR/GPGSC, ha señalado que los servidores bajo el régimen CAS se encuentran incluidos dentro del ámbito de aplicación del título referido al régimen disciplinario, toda vez que la definición de “servidor civil” los incluye. Consideramos que se trata de un argumento que se cae con facilidad, según lo hemos comentado párrafos atrás. No obstante, merece una referencia

alusión que hace SERVIR a la posible “inseguridad jurídica” que podría ocasionarse con tal omisión.

Desde nuestro punto de vista, este último punto debió ser el tema en el que el ente rector del sistema de gestión de recursos humanos en el Estado debió centrarse. Adicionalmente, se debe considerar que el efecto de la omisión de no incluir a los trabajadores CAS dentro del ámbito de aplicación del título sobre régimen disciplinario, supone permitir que las entidades públicas regulen de manera unilateral e independiente dichos aspectos, lo que, como se ha desarrollado con antelación, contradice el artículo I de la LSC, sobre el objeto unificador, así como el fundamento de la responsabilidad administrativa disciplinaria.

5. Vigencia del régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la LSC

La Novena DCF de la LSC establece las reglas de vigencia de la normativa, incluido el título referido al régimen disciplinario y procedimiento sancionador. Dicha disposición establece los títulos que son de aplicación inmediata y aquellos que son de aplicación diferida, pero indistintamente de ello, precisa los servidores civiles que están afectos a tal normativa, son los servidores civiles de los regímenes laborales regulados por los Decretos Legislativos N° 276 y N° 728.

Al respecto, ya hemos analizado la omisión de los trabajadores CAS y concluido que ahí donde la LSC indica servidores 276 y 728, también habría que incluir a los servidores 1057 (CAS). Superando este tema entonces, nos quedamos en que el título de la LSC referido al régimen disciplinario se encuentra dentro del terreno de la aplicación diferida de la norma. ¿Diferida a qué? La propia norma lo precisa, a la publicación de las normas reglamentarias.

El Reglamento General de la LSC se publicó en junio de 2014, siguiendo la regla de aplicación diferida diríamos que desde entonces se encontraría vigente el título sobre el régimen disciplinario. Sin embargo, el Reglamento General partiendo de la premisa de que la adaptación a las nuevas reglas demandaría de un proceso importante de adaptación, en la Undécima Disposición Complementaria Transitoria (en adelante, Undécima DCT) estableció que el título correspondiente al régimen disciplinario y procedimiento sancionador entraría en vigencia a los tres meses de publicado dicho reglamento, con el fin de que las entidades se adecuen internamente al procedimiento.

Adicionalmente, la Undécima DCT del Reglamento brinda una regla importante en cuanto a la aplicación del nuevo régimen disciplinario a los

procedimientos que fueron instaurados con fecha anterior a la entrada en vigencia del régimen de la LSC. En tales casos, la disposición indica que se regirán por las normas por las cuales se les imputó responsabilidad administrativa hasta su terminación en segunda instancia administrativa.

Con el ánimo de precisar dichos supuestos, SERVIR emitió la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC, por medio de la cual se precisan los siguientes aspectos:

- Los Procedimientos Administrativos Disciplinarios (en adelante, PAD) instaurados antes del 14 de setiembre de 2014 (con resolución u otro acto de inicio expreso), fecha en la cual se inicia la vigencia del título del régimen disciplinario de la LSC, se rigen por las normas sustantivas y procedimentales vigentes al momento de la instauración del procedimiento hasta la resolución de los recursos de apelación que, de ser el caso, se interpongan contra los actos que ponen fin al PAD.
- Los PAD instaurados desde el 14 de setiembre de 2014, por hechos cometidos con anterioridad a dicha fecha, se rigen por las reglas procedimentales previstas en la LSC y su Reglamento y por las reglas sustantivas aplicables al momento en que se cometieron los hechos.
- Los PAD instaurados desde el 14 de setiembre de 2014, por hechos cometidos a partir de dicha fecha, se regirán por las normas procedimentales y sustantivas sobre régimen disciplinario previstas en la LSC y su Reglamento.
- Si en segunda instancia administrativa o en la vía judicial se declarase la nulidad en parte o de todo lo actuado, se seguirá el mismo criterio dispuesto en el numeral 6.2 anterior.
- Para efectos de la presente directiva, se considera que el PAD ha sido instaurado cuando la resolución u otro acto de inicio expreso que contiene la imputación de cargos han sido debidamente notificados.

Para estos efectos, se entiende por Reglas sustantivas las siguientes:

- Deberes, obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades.
- Faltas
- Sanciones

De igual modo, se entiende por Reglas procedimentales las siguientes:

- Autoridades competentes
- Etapas
- Formalidades
- Reglas para actividad probatoria
- Medidas cautelares
- Plazos

Al respecto, es importante llamar la atención en que si bien la regulación comentada ha sido emitida por SERVIR como ente rector del sistema de gestión de recursos humanos en el Estado, en alusión a su facultad normativa, debió ser el mismo Reglamento General de la LSC el llamado a regular tales aspectos o, en su defecto, hacer una referencia expresa a que serían desarrollados por SERVIR. La Undécima DCT del Reglamento General de la LSC solo menciona que aquellos procedimientos disciplinarios que fueron instaurados con fecha anterior a la entrada en vigencia del régimen disciplinario de la LSC se regirán por las normas por las cuales se les imputó responsabilidad administrativa hasta su terminación en segunda instancia administrativa.

Como vemos, la Undécima DCT del Reglamento General de la LSC no se pronuncia sobre los supuestos de aplicación de las reglas sustantivas y procedimentales, supuestos que tampoco se encontrarían habilitados por la LSC.

6. Comentario sobre las competencias del órgano sancionador en el marco del procedimiento administrativo disciplinario

El nuevo régimen del servicio civil, en lo que corresponde al régimen disciplinario y procedimiento sancionador, establece las autoridades competentes, considerando al jefe inmediato del presunto infractor; al jefe de recursos humanos, o el que haga sus veces; el titular de la entidad; y el Tribunal del Servicio Civil, según los roles que cumplan en las dos instancias que comprende el procedimiento administrativo disciplinario.

Al respecto, vale decir que la primera instancia está conformada por dos fases, una instructiva y una sancionadora. La primera se encuentra a cargo del órgano instructor y comprende las actuaciones conducentes a la determinación de la responsabilidad administrativa disciplinaria. Por su parte, la segunda, a decir del literal b) del artículo 106 del Reglamento General de la LSC, se encuentra a cargo del órgano sancionador y comprende desde la recepción del informe del órgano instructor, hasta la emisión de la comunicación que determina la imposición de sanción o que determina la declaración de no a lugar, disponiendo, en este último caso, el archivo del procedimiento.

En este apartado corresponde analizar, justamente, las facultades con que cuenta el órgano sancionador, según se ha comentado en el párrafo precedente. Como vemos, el Reglamento General de la LSC restringe las facultades del órgano sancionador a dos grandes posibilidades: imponer la sanción o determinar el archivamiento (absolver). Al parecer, no existe una vía alterna a esas dos opciones, lo que podría restringir la actuación del órgano sancionador en casos en los que evidencie un claro vicio en la resolución que determina el inicio del procedimiento administrativo disciplinario.

Podría tratarse de un caso en donde la subsunción que realizó el órgano instructor no fue correcta y le imputo una falta que no se condice con la conducta del servidor civil. Resulta claro que proceder con la sanción sería un despropósito, ¿correspondería optar por el archivamiento y absolver al servidor civil? Esta última alternativa corre el riesgo de absolver al servidor civil implicado y no poder iniciar un nuevo procedimiento administrativo disciplinario con una correcta subsunción de los hechos en la falta pertinente, puesto que incurriría en la afectación del principio *non bis in idem*.

La solución que encontramos viable en dichos casos es aplicar lo establecido por el numeral 202.1 del artículo 202 de la LPAG, en relación a que en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10 de dicha norma, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público. En ese sentido, en el supuesto planteado, podría aludirse a que nos encontramos en la causal de nulidad prevista en el numeral 10.1 del artículo 10 de la LPAG que establece que son vicio del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, la contravención a la Constitución, a las Leyes o a las normas reglamentarias.

Circunstancias como la planteada pueden darse con el devenir de la aplicación del nuevo régimen. Concretamente, el caso planteado es un ejemplo tomado del contenido de la Resolución Ministerial N° 141-2015-TR, en donde el titular del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en su calidad de órgano sancionador (toda vez que se trataba de una sanción de destitución en donde el jefe de recursos humanos es el órgano instructor, y el titular de la entidad es el órgano sancionador y quien oficializa la sanción), declara la nulidad de oficio de la Resolución Directoral que resolvió iniciar el procedimiento administrativo disciplinario.

Del caso, resulta importante comentar dos puntos. El primero está relacionado con determinar si es que la Resolución que resolvió iniciar el

procedimiento administrativo disciplinario es un acto administrativo. Al respecto, coincidimos con la Resolución Ministerial N° 141-2015-TR que se pronuncia señalando que no constituye en estricto un acto administrativo, pues su naturaleza jurídica, de conformidad con el numeral 1.2 del artículo 1 de la LPAG es la de ser un acto de administración interna, que por sí mismo no produce directamente un efecto jurídico respecto del administrado, en tanto no se ha determinado aún la existencia de responsabilidad administrativa disciplinaria; sin embargo, no obstante no ser un acto administrativo, la administración en ejercicio de su potestad de autotutela revisora, puede revisar de oficio o a instancia de parte, sus propios actos para sujetarlos al principio de legalidad en sede administrativa.

El segundo punto que merece un análisis particular, es el que se encuentra relacionado con la autoridad competente para declarar la nulidad de oficio. Sobre el particular, como lo establece el numeral 202.2 del artículo 202 de la LPAG, la nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida; asimismo, cuando se trate de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

En ese escenario, corresponde determinar si es que el acto lo emitió el funcionario en calidad de autoridad disciplinaria o en virtud al cargo que ostenta funcionalmente en la entidad. En ese sentido, ratificamos lo señalado por la Resolución Ministerial N° 141-2015-TR, en cuanto opta por la primera alternativa. Sin embargo, nos encontramos en desacuerdo sobre la distinción

que hace entre el órgano instructor y el órgano sancionador, atribuyéndole a este último una relación de jerarquía respecto del primero, para efecto de que sea este último el encargado de declarar la nulidad de oficio. Para nosotros, la primera fase del procedimiento administrativo disciplinario es una sola y comprende a ambos órganos, sin que exista una relación de jerarquía, por lo que no existiendo una autoridad superior, le correspondía al mismo órgano instructor declarar la nulidad.

7. Conclusiones

El sustento constitucional de la responsabilidad administrativa disciplinaria nos lleva a concluir que dicha institución busca ser la garantía para el control de la arbitrariedad de los trabajadores estatales, y se persigue en virtud del poder disciplinario de la administración pública y se materializa por medio del procedimiento administrativo correspondiente.

Por su parte, bajo una lectura conforme con la Constitución, hemos observado que la LSC y su Reglamento General, en lo que toca al procedimiento administrativo disciplinario, tiene algunos vacíos referidos a la responsabilidad de los ex servidores civiles, supuesto que abriría la posibilidad de inmunidad para tales personas.

SERVIR ha tratado de superar esta discusión; sin embargo, la finalidad de este trabajo ha consistido también en evidenciar que el criterio del ente rector del sistema de gestión de recursos humanos del Estado no cumple con desarrollar argumentos suficientes que hagan conciliar sus propuestas con el fundamento constitucional antes mencionado. ☒