

REVISTA JURÍDICA DE LA  
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Nº 1

# Rumbo al fortalecimiento del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado



PERÚ

Ministerio  
de Justicia  
y Derechos Humanos



PGE

Procuraduría General del  
Estado



BICENTENARIO  
PERÚ 2021



**REVISTA JURÍDICA DE LA PROCURADURÍA  
GENERAL DEL ESTADO N° 1**

Rumbo al fortalecimiento del Sistema  
Administrativo de Defensa Jurídica  
del Estado

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO  
CENTRO DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN  
Calle German Schreiber 205 – San Isidro.  
Telf.: (01) 7485417 Anexo 108  
Correo electrónico: [centrodecapacitacion@pge.gob.pe](mailto:centrodecapacitacion@pge.gob.pe)  
<https://www.gob.pe/procuraduria>

**Procurador General del Estado**

Daniel Soria Luján

**Gerente General**

Martín Mijichich Loli

**Director del Centro de Formación y Capacitación**

Pier Paolo Marzo Rodríguez

**Responsables en la edición:**

Editado por:

Centro de Formación y Capacitación de la Procuraduría General del Estado

Corrección de estilos:

Jesús Miguel Cespedes Aponte

Diseño de cubierta:

Roger Román De la Cruz

Diagramación:

Jorge Luis Chávez Aguilar

**Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 202109872**

Lima, Perú. Agosto 2021

# Contenido

Misión y visión de la Procuraduría General del Estado y principios del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado..... 7

Historia..... 10

Rol de la Procuraduría General del Estado en la Defensa Jurídica del Estado..... 12

**DANIEL SORIA LUJÁN**

Procurador General del Estado

Hacia una Procuraduría de Control Gubernamental ..... 19

**LUIS MIGUEL IGLESIAS LEÓN**

Miembro del Consejo Directivo de la Procuraduría General del Estado

## Sección Internacional

Abogacía General de la Nación de la República Federativa de Brasil: historia, estructura y desafíos para el futuro ..... 24

**ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA**

Exministro de Justicia y Seguridad Pública y exprocurador general de la Advocacia-Geral da União (AGU)

**ADRIANO MARTINS DE PAIVA**

Subsecretario de Litigios de la Advocacia-Geral da União (AGU)

El ejercicio de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos como atribución del Ministerio de la República de Panamá..... 35

**MÓNICA CASTILLO ARJONA**

Secretaría General de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá

## Sección Procuradores Públicos del Sector Ejecutivo

Problemática respecto a la tipificación del delito de organización criminal y la pertenencia a una organización criminal y posibles pagos de indemnizaciones por posibles errores judiciales por parte del Estado ..... 46

**CARLOS ENRIQUE COSVALENTE CHAMORRO**

Procurador Público de la Presidencia de Consejo de Ministros

La ejecución de sentencia en casos de vulneración del derecho de propiedad y el respeto a la finalidad restitutoria del proceso de amparo ..... 55

**KATTY AQUIZE CÁCERES**

Procuradora Pública del Ministerio de Agricultura y Riego

Aproximación a la actualidad del arbitraje en contrataciones públicas ..... 63

**CARLOS AURELIO FIGUEROA IBERICO**

Procurador Público del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social

Los bonos de 1875 ¿piezas de museo o títulos con valor jurídico/económico? ..... 73

**PATRICIA DEL CARMEN VELASCO SÁENZ**

Procuradora Pública del Ministerio de Economía y Finanzas

Las sentencias interlocutorias denegatorias y su impacto en la defensa jurídica del Estado ..... 86

**MARÍA DEL CARMEN MÁRQUEZ RAMÍREZ**

Procuradora Pública del Ministerio de Educación

El rol fundamental que cumplen las áreas usuarias en el proceso de contratación pública y el rol preventivo de las entidades públicas ..... 94

**VERÓNICA NELSI DÍAZ MAURICIO**

Procuradora Pública del Ministerio del Interior

Atribuciones del Poder Ejecutivo vs control jurisdiccional: límites de su potestad revisora de los actos administrativos y respeto de las relaciones entre los poderes del Estado ..... 99

**JHONY F. ZAMORA LIMO**

Procurador Público del Ministerio de Producción

El procedimiento establecido en el numeral 34.3 del artículo 34 del TUO de la ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, no está sujeto a los plazos de prescripción establecido en el proceso de nulidad de oficio ..... 107

**JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**

Procurador Público del Ministerio de Relaciones Exteriores

Apuntes importantes respecto de la ejecución de beneficios que otorga la Ley N° 27803 - Ceses Colectivos ..... 112

**OLIVIA KARINNA RÍOS POZO**

Procuradora Pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo



**Misión y visión de la  
Procuraduría General del  
Estado y principios del  
Sistema Administrativo de  
Defensa Jurídica del Estado**

## MISIÓN

Fortalecer, unificar, modernizar y ejercer la rectoría del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado, a través de una gestión altamente especializada, proba y eficaz, salvaguardando los intereses del Estado.

## VISIÓN

Lograr, en ejercicio de su rol rector, la reestructuración, consolidación, fortalecimiento y modernización de un Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado autónomo, independiente, unificado y coherente; contribuyendo, a partir de una representación y defensa jurídica efectiva y oportuna, a salvaguardar los intereses y fines del Estado peruano en todos los niveles de gobierno, y en los ámbitos nacional, supranacional e internacional, siendo reconocido como una institución de excelencia dentro del Sistema de Administración de Justicia del país, y como modelo en la defensa de los intereses del Estado a nivel internacional.

## PRINCIPIOS DEL SISTEMA ADMINISTRATIVO DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

### I. Legalidad:

El Sistema está sometido a la Constitución, leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico peruano.

### 2. Autonomía funcional

Es la potestad que posee el/la Procurador/a General del Estado, procuradores/as públicos y procuradores/as públicos adjuntos/as de organizar y ejercer sus funciones libre de influencias e injerencias, en concordancia con los demás principios rectores.

### 3. Actuación funcional

Los/as operadores/as del Sistema actúan conforme a los criterios y lineamientos institucionales establecidos en la ley.



#### **4. Responsabilidad**

Los/as procuradores/as públicos y los/as abogados/as vinculados al Sistema son responsables funcionalmente por el ejercicio indebido y negligente en la defensa jurídica del Estado.

#### **5. Eficacia y eficiencia**

La actuación de los/as procuradores/as públicos se organiza para el cumplimiento oportuno de los objetivos y metas del Sistema, procurando la efectividad de sus actos, optimizando la utilización de los recursos disponibles, así como innovando y mejorando constantemente el desempeño de sus funciones.

#### **6. Objetividad e imparcialidad**

Los/as procuradores/ as públicos ejercen sus funciones a partir del análisis objetivo del caso, de manera imparcial, descartando toda influencia e injerencia en su actuación.

#### **7. Especialización**

El Sistema garantiza la especialización de los/as procuradores/as públicos mediante la primacía del carácter técnico y especializado de su labor.

#### **8. Celeridad**

Los/as procuradores/as públicos y los/ as abogados/as vinculados al Sistema tienen el deber de impulsar el proceso o procedimiento, evitando actuaciones dilatorias que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, sin que releve el respeto al debido proceso o vulnere el ordenamiento jurídico.

#### **9. Acceso a la información**

Es la potestad que tienen los/as procuradores/as públicos de requerir, conocer y examinar toda información y documentación de las entidades públicas que resulte necesaria para desarrollar sus funciones.

#### **10. Experiencia, probidad y liderazgo**

Son cualidades esenciales de los/as procuradores/as públicos en el ejercicio de sus funciones.

#### **11. Meritocracia**

Se establece la igualdad de oportunidades para ejercer la defensa jurídica del Estado, mediante la selección y acceso al cargo de procurador público, exclusivamente en función a sus méritos profesionales y personales.

# Historia

Si bien la defensa jurídica del Estado ha estado presente en la legislación peruana desde mediados del siglo XIX, ya sea bajo la representación del fiscal de la Nación (artículo 133 de la Constitución de 1856) o la del fiscal general administrativo (artículo 97 de la Constitución de 1867); no es hasta el año 1969, a través del Decreto Ley N° 17537 sobre la representación y defensa del Estado en juicio, que se propone el mejoramiento de la defensa del Estado, dotándole de los medios adecuados a la época, presentándose por primera vez la figura de los procuradores generales de la República, quienes eran independientes en el ejercicio de sus funciones en todos los procesos y procedimientos en los que actúe como demandante, demandado, denunciante o parte civil; y la del Consejo de Defensa Judicial del Estado, conformado por el primer ministro y presidente del Consejo de Ministros, del cual dependerían orgánica y funcionalmente los procuradores generales; aprobándose su reglamento mediante Resolución Ministerial N° 264-84-JUS.

Para el año 1992, mediante el Decreto Ley N° 25993, que aprobó la Ley Orgánica del Sector Justicia, en su artículo 26, se redefinió al Consejo de Defensa Judicial del Estado, estando constituido por procuradores públicos, encargado de emitir opinión sobre las cuestiones legales de interés para la defensa judicial del Estado, absolver las consultas que le plantee cualquier procurador sobre asuntos a su cargo en vía de consulta, pronunciarse sobre la creación de nuevas procuradurías públicas y resolver los problemas de competencia que pueden presentarse entre las mismas.

Bajo la Carta Magna actual, del año 1993, que establece en su artículo 47 que la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos conforme a ley; se aprobó, en el año 2002, el Reglamento del Consejo de Defensa Judicial del Estado, derogándose la RM N° 264-84-JUS y estableciendo que dicho consejo es el órgano del Ministerio de Justicia constituido por los procuradores públicos titulares, cuya función principal es la de velar por la defensa de los intereses del Estado. Asimismo, coordina y supervisa la defensa del Estado, siendo un órgano de consulta y asesoramiento respecto de las cuestiones legales sobre los asuntos relacionados con dicha materia.

Consecuentemente, la Ley N° 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, vigente desde el 20 de diciembre del año 2007, marcaría un hito en cuanto a organización del Estado, pues contemplaría por primera vez, de forma definitiva y ordenada, las características y atribuciones de los sistemas funcionales y administrativos en el país, siendo estas las principales figuras de gestión mediante las cuales se organizarían las actividades de la administración pública en adelante; es así que se contempló al Sistema Administrativo de Defensa Judicial del Estado, a cargo de un ente rector, en este caso el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien se

constituyó en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional y, en ejercicio de esa rectoría, fue responsable de reglamentar y operar dicho sistema.

En este sentido, el 29 de diciembre de 2008, mediante el Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1068, mediante el cual se regulaba al Sistema de Defensa Jurídica del Estado, con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, arbitrajes y conciliaciones, la cual se encuentra a cargo de los procuradores públicos, cuyo ente rector es el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y se encontraba representado por el presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado. Ambas normas, que inicialmente constituyeron el ordenamiento normativo específico y particular que orientaron las actividades del sistema y de sus operadores, se mantuvieron vigentes por más de diez (10) años.

En razón al decurso del tiempo y a las diversas modificaciones que han venido produciéndose respecto al marco jurídico de orden sustantivo, adjetivo o procedimental, resultó necesario que la normativa fuese revisada y adecuada al ordenamiento legal vigente, a efectos de lograr mayor efectividad en la búsqueda de optimizar el ejercicio de la defensa de los intereses del Estado a todo nivel y en todo aspecto, poniendo mayor énfasis, en la lucha frontal contra el incremento de la actividad criminal de la corrupción, lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, crimen organizado, delitos ambientales, terrorismo, entre otros flagelos que causan un enorme daño y perjuicio a la nación y a la colectividad global.

De esta manera, mediante Ley N° 30506, del 30 de setiembre del 2016, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., por un plazo de noventa (90) días calendario, estableciendo dentro de tales atribuciones la reestructuración del Sistema de Defensa Jurídica del Estado; es así que, en uso de las facultades conferidas y en el marco de la modernización del Estado, resultó imprescindible adoptar medidas de reestructuración que garanticen la independencia del sistema, materializándose a través del Decreto Legislativo N° 1326, de fecha 06 de enero del 2017, mediante el cual se reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, con el objeto de modificar la lógica en que venía operando, disponiendo la creación de dicho organismo público adscrito, como su ente rector, a efectos de mantener y preservar la autonomía, uniformidad y coherencia en el ejercicio de la función de los/as procuradores/as públicos/as en el ámbito nacional, supranacional e internacional, así como fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado.

Este decreto legislativo entra en vigencia a partir de la publicación de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 018-2019-JUS, del 23 de noviembre del año 2019, cuya finalidad es la optimización del sistema, garantizando el desarrollo efectivo de las actividades desplegadas por sus operadores y operadoras, en beneficio de los intereses del Estado, en observancia de la Constitución Política del Perú, la ley, los tratados internacionales, las normas en general, las políticas de Estado, la Política General de Gobierno, las políticas nacionales y los acuerdos nacionales.



# Rol de la Procuraduría General del Estado en la Defensa Jurídica del Estado<sup>1</sup>

**DANIEL SORIA LUJÁN**

PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO

**L**a Procuraduría General del Estado es una nueva institución pública, lo que implica que está ante el reto de una implementación que responda a lo que la ciudadanía espera, teniendo en cuenta la importante labor que le corresponde desarrollar.

A fin de no defraudar las expectativas ciudadanas, más aún en el contexto en el que vivimos, corresponde plantearnos algunas preguntas guía de nuestra acción: ¿por qué estamos aquí y hacia dónde vamos? ¿Cuál es el objetivo al cual queremos apuntar? Ante todo, ¿en qué parte del Estado se ubica la Procuraduría General del Estado?

Desde el colegio todos hemos aprendido que en un sistema democrático el poder político se divide básicamente en un Poder Ejecutivo, un Poder Legislativo y un Poder Judicial, y durante mucho tiempo el Estado peruano se ha desarrollado principalmente a través de esas tres ramas. Sin embargo, no solo en el Perú sino también en muchos otros países, ha habido funciones clásicas asignadas a estos tres poderes del Estado que se han ido separando de los mismos para pasar a ser ejercidas por organismos ad hoc: organismos especializados que adoptan y ejercen estas facultades de manera exclusiva, fuera de la subordinación a los clásicos poderes del Estado mencionados. Por ejemplo, todo lo que

---

<sup>1</sup> Ponencia expuesta en el Curso de Introducción a la Procuraduría General del Estado el 28 de abril del 2021.


corresponde a la función de control gubernamental, actualmente realizada por la Contraloría General de la República, inicialmente era una función perteneciente al Poder Ejecutivo y con el tiempo se ha ido independizando hasta que ha sido asignada a un organismo constitucional autónomo (OCA). Igualmente, funciones relativas a la regulación de la moneda, que originalmente correspondían al Poder Ejecutivo, han pasado en varios países, entre ellos el Perú, a un Banco Central de Reserva. De la misma manera, la función de supervisión de la banca actualmente está a cargo de un organismo constitucional autónomo, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

En ese sentido, ¿dónde se ubica la Procuraduría General del Estado? Cabría precisar que no es un organismo constitucional autónomo sino un organismo público técnico especializado adscrito al Poder Ejecutivo, y concretamente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH). No voy a entrar ahora a discutir si la PGE debería convertirse en un organismo constitucional autónomo, puesto que se trata de una decisión constituyente, cuyo impulso o falta de interés responderá, en parte, al buen o mal desempeño que tenga nuestra institución en los años venideros. En todo caso, lo importante es que somos un organismo del Poder Ejecutivo que tiene un nivel de autonomía para trabajar, aunque dicha autonomía es otorgada por una ley, en este caso su norma de creación, el Decreto Legislativo N° 1326, diferenciándose de un organismo constitucional autónomo, cuya autonomía es otorgada por la Constitución.

Ser un organismo constitucional autónomo es una posibilidad en el mediano plazo, pero lo cierto es que debemos ubicarnos en el presente y ver hasta dónde llega esta autonomía legal y cómo se compatibiliza también con el hecho de que la Procuraduría General del Estado dirige lo que se llama en el derecho administrativo un sistema administrativo, aspecto que veremos más adelante.

La existencia de procuradores/as públicos/as responde a un fenómeno: el Estado como entidad tiene la necesidad de defender sus intereses cuando estos son afectados. En una democracia, el Estado defiende estos intereses a través de procesos judiciales, donde un tercero, el Poder Judicial, los resuelve; asimismo, mediante su participación en procedimientos administrativos, procesos arbitrales o investigaciones fiscales. Obviamente, si no estuviéramos en una democracia, el Estado por sí y ante sí resolvería sus controversias utilizando su facultad coercitiva; pero eso no es así, pues en una democracia el Estado interviene en procesos judiciales para poder resolver controversias pacíficamente, ya sea como demandante, demandado, denunciante o actor civil. En esa línea, la actuación de los/as procuradores/as públicos/as es muy variada, según como se definen los intereses del Estado en cada controversia. Inclusive, además de controversias que enfrentan al Estado con particulares, también el Estado puede litigar contra el Estado, situaciones que también tienen que ser resueltas en el Poder Judicial.

Respecto de lo anteriormente señalado, el Estado en este contexto hace referencia, más allá del concepto clásico que conocemos, a las administraciones públicas, es decir, a las diversas entidades que conforman el Estado. Por ejemplo, en un proceso de inconstitucionalidad en el Tribunal Constitucional pueden



contender el Poder Ejecutivo versus el Poder Legislativo respecto de si una ley determinada es constitucional o no. El Poder Ejecutivo puede demandar y decir que una ley es contraria a la Constitución y el Congreso se defenderá diciendo lo contrario. En un proceso de esa naturaleza, por el lado del Poder Ejecutivo habrá un/a procurador/a público/a que impulsará la demanda y por el lado del Congreso habrá un/a procurador/a público/a que defenderá la postura de esta entidad. Asimismo, puede suceder que alguna entidad pública cuestione una decisión de algún tribunal administrativo que puede afectar sus intereses.

En la actualidad se advierte la existencia de un Estado que contiene ampliamente por la defensa de los intereses públicos, a diferencia del pasado. Esto lo podemos graficar mostrando la Ley N° 8489, de 1936, el primer antecedente donde se establecen procuradores como abogados que defienden los intereses del Estado. Si ustedes leen los motivos y considerandos de esta ley, se señala que hay un considerable aumento de litigios civiles y que el Ministerio Fiscal (denominación que en la década de 1930 se le daba al Ministerio Público, que dicho sea de paso no era un poder independiente, pues los fiscales pertenecían al Poder Judicial) no se daba abasto para defender los intereses del Estado en los procesos judiciales. Se indica además que no es correcto que estos casos judiciales en los que participa el Estado sean defendidos por miembros del Poder Judicial, porque, como ya lo he mencionado, los fiscales eran miembros de dicho poder, no pertenecían a una institución autónoma. Pero también la ley razona y señala que alguien que es parte del Poder Judicial no podría participar en un proceso judicial defendiendo al Estado, por lo que deberían existir agentes o abogados que sean ajenos al Poder Judicial como funcionarios, concluyendo que es necesario establecer la figura del abogado del Estado, creándose lo que en ese momento fueron llamados Procuradores Generales de la República, en concreto dos de dichos cargos. Lo anterior indica que en 1936 el Estado era mucho más pequeño de lo que es ahora, por lo que hoy sería imposible que los intereses del Estado fuesen defendidos por dos procuradores a nivel nacional, en los tres niveles de gobierno. Esta ley indica una necesidad, razón por la cual se crea un cuerpo, inicialmente muy reducido, de abogados del Estado.

Ahora bien, desde 1936 hasta 2021 el Estado ha crecido muchísimo y en consecuencia también las controversias, por lo que se necesita un cuerpo de abogados y abogadas que sean los/as defensores/as jurídicos/as del Estado en estas controversias. No obstante, esta necesidad de tener muchos/as abogados/as genera un problema: si bien trabajan con autonomía al diseñar y ejercer sus estrategias al momento de participar en los procesos, tiene que haber una cierta unificación de criterios, una cierta coordinación administrativa, y por ello los/as procuradores/as públicos/as de la actualidad deberían estar aglutinados de acuerdo con algún tipo de coordinación sistemática entre ellos. Es por eso que los procuradores y las procuradoras, de acuerdo con las normas vigentes y hace poco más de una década, pertenecen al Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado (SADJE).

No quiero entrar en detalles, en primer lugar porque los abogados y abogadas que leen estas líneas saben lo que es un sistema administrativo, y para los que no

son abogados o abogadas entender el concepto de sistema administrativo puede suponer dificultades; pero la idea es la siguiente: un sistema administrativo tiene por finalidad que los recursos del Estado se utilicen de manera eficiente y eficaz.


¿Cuáles son esos recursos en el caso del SADJE? Los recursos son los abogados y abogadas que sirven para defender los intereses del Estado. Estos recursos humanos-profesionales, por llamarlos de alguna manera, se han multiplicado; pero tienen que ser orientados en su utilización de una manera eficiente y eficaz, y la única manera de hacer eso es que haya una entidad que, sin perjuicio de la autonomía funcional de cada uno/a de ellos/as, establezca parámetros de coordinación, unificación y actuación a los que todos/as deban y puedan ceñirse. Esta es la razón por la que hay un SADJE que aglutina a todas las procuradurías públicas.

Con la normatividad anterior, el ente rector del sistema era el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de lo que se llamó el Consejo de Defensa Jurídica del Estado, cuya cabeza era el ministro o la ministra de dicho sector. Sin embargo, con la actual normatividad se ha dado un paso adelante en la necesidad de tener un ente rector propio que, sin dejar de pertenecer al sector Justicia, tenga la suficiente independencia como para poder dirigir de manera autónoma el SADJE: la Procuraduría General del Estado.

Pregunto nuevamente, ¿por qué existe un sistema administrativo y no dejar que cada entidad tenga su procurador/a público/a sin que haya algún tipo de coordinación entre ellos/as? Precisamente porque si dejamos a los procuradores y las procuradoras actuar ad libitum cada uno/a en su entidad, se perdería de vista la finalidad de eficiencia y eficacia que sustenta la legitimidad de ejercicio del Estado, finalidad que se logra en el marco de un sistema administrativo. Si estuviéramos en 1936, año en el que el gobierno estableció dos procuradores para que vean todos los litigios relacionados con el Estado, no habría necesidad de un sistema administrativo. Quizá entonces se justificaba que hubiera dos o quizá veinte, pero con el número actual es imposible no entender la necesidad de un sistema que los aglutine.

El SADJE aglutina a todas las procuradurías públicas del Perú, tanto las de nivel nacional —v.gr. las de los ministerios, que tienen competencia en todo el territorio— como las subnacionales —las de los gobiernos regionales y municipales—, las especializadas (denominadas así porque desarrollan temáticas transversales, como anticorrupción, terrorismo, tráfico ilícito de drogas, orden público, etc.) y las creadas ad hoc de manera excepcional para un caso determinado. En este último caso, por ejemplo, actualmente hay una que se encarga concretamente de los temas relacionados con el caso Lava Jato o los casos de empresas que tengan una conformación más o menos similar a la del esquema de Odebrecht y que también hayan cometido delitos en el marco de tales conglomerados empresariales. En otras palabras, el SADJE aglutina a todas las procuradurías públicas, no hay una sola que esté fuera de dicho sistema. En ese marco, en un mediano plazo, cuando se haya concretado la transferencia administrativa de todas estas procuradurías a la PGE, el SADJE se verá fortalecido.





Asimismo, ustedes han escuchado que las procuradurías públicas y la PGE cuentan con autonomía funcional. Respecto del concepto de autonomía debemos tener claro lo siguiente: uno tiene autonomía para un fin determinado, no es una potestad que se ejerce en el aire sino en función de un fin en concreto. Por ejemplo, ustedes han escuchado hablar del concepto de autonomía universitaria, reconocida por la Constitución, lo que quiere decir que las universidades tienen autonomía para cumplir los fines de una institución universitaria: establecer los contenidos de los planes de estudio, impartir clases, establecer pautas de investigación, proyectarse hacia la sociedad, etc. Pero no son autárquicas, se rigen por una Ley Universitaria y una entidad estatal que las supervisa, que actualmente es la Sunedu, que emite lineamientos a los que las universidades tienen que ceñirse. Si la Sunedu establece lineamientos para que puedan operar laboratorios de investigación en las universidades, ninguna de estas puede implementar un laboratorio de alguna materia saltándose tales lineamientos.

Trasladando ese ejemplo a lo que es el trabajo de un procurador o una procuradora, la autonomía tiene una finalidad, establecida en la norma. Según ella, la autonomía funcional es: “La potestad que posee el/la Procurador/a General del Estado, procuradores/as públicos y procuradores/as públicos adjuntos/as de organizar y ejercer sus funciones libre de influencias e injerencias, en concordancia con los demás principios rectores” (artículo 6, inciso 2, del Decreto Legislativo N° 1326). Así también, organizar y ejercer sus funciones libre de influencias e injerencias tampoco debe entenderse como autarquía, pues obviamente hay determinados parámetros comunes que el ente rector puede emitir a través de directivas y que las procuradurías públicas tienen que observar. Entonces, la autonomía existe pero tiene límites establecidos por el propio ordenamiento y los lineamientos que establezca el ente rector. En esa línea, la autonomía funcional es un principio que tiene como contrapartida el principio de actuación funcional: “Los/as operadores/as del Sistema actúan conforme a los criterios y lineamientos institucionales establecidos en la ley” (artículo 6, inciso 3, del Decreto Legislativo N° 1326). Reitero, autonomía no es autarquía, frase no inventada por mí sino que ha sido acuñada por el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia, desarrollando dicho concepto cuando ha tratado temas de autonomía universitaria o autonomía municipal.

Por lo tanto, este es un asunto clave que debemos tener claro: ser parte de un sistema administrativo no implica bajo ningún aspecto una colisión con el principio de autonomía funcional, pensar lo contrario es equívoco. Obviamente, como cualquier entidad pública que puede ser mal administrada, un ente rector podría cometer excesos, pero en principio la idea es que haya una armonización en el marco de la cual, sin anular la autonomía funcional, se establezcan ciertos parámetros y orientaciones de actuación para los procuradores y las procuradoras.

El SADJE no solo no es incompatible con la autonomía funcional de los procuradores y procuradoras, sino que el establecimiento de normas, parámetros y lineamientos generales abstractos, que no se refieran a un caso concreto, trae como consecuencia una defensa jurídica del Estado fuerte, unificada y moderna, lo cual tiene que ver con el primer artículo de nuestra ley. Al respecto, cuando se




habla del objeto de dicha norma resalto dos cosas: 1) mantener y preservar la autonomía, la uniformidad y la coherencia en el ejercicio de la función de los/as procuradores/as públicos, y 2) fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado. Es importante recordar estos términos. Por ejemplo, la coherencia responde a la necesidad de que existan directivas que eviten que la procuraduría pública "A" establezca determinados criterios para fijar reparaciones civiles o cualquier otro tipo de actuación que sean distintos a los establecidos por una procuraduría pública "B", pues eso sería una incoherencia que debilitaría al sistema. Así entonces, dichos términos -autonomía, uniformidad y coherencia- conforman un trinomio de conceptos que es importante recordar siempre.

¿Cuál es la consecuencia de que se preserven y mantengan estos tres conceptos? El fortalecimiento, la unificación y la modernización del SADJE. En ese contexto, su ente rector, la Procuraduría General del Estado, con sus órganos de línea, de apoyo y de asesoramiento remando en la misma dirección, busca tener un sistema fortalecido que redunde en beneficio de la adecuada actuación de los/as procuradores/as públicos/as. Ese es el reto. Para lograrlo, la Procuraduría General del Estado tiene que emitir orientaciones, labor en la que las direcciones de línea tienen un papel determinante y que se hará más compleja con el tiempo.

Cabe precisar que antes de la reestructuración del sistema llevada a cabo mediante el Decreto Legislativo N° 1326, el conjunto de operadores/as ha cobijado recursos humanos valiosos a resaltar, con resultados importantes y emblemáticos logros que es bueno conocer. Al respecto, presento una selección de ejemplos que muestran que estamos en un camino de fortalecimiento respecto de lo hecho en el pasado:

1. La Procuraduría Especializada Supranacional ha logrado ganar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el primer caso a favor del Estado peruano, un hito muy importante y que ciertamente enorgullece no solo a la Procuraduría Especializada Supranacional sino a todo el sistema.
2. Otro caso, muy difundido a través de medios, es el de la señora Ana Estrada, quien presentó una demanda de amparo relativa a su derecho a ejercer la eutanasia en algún momento del futuro, debido a la enfermedad degenerativa que sufre. Después de la primera sentencia favorable a ella, las procuradurías públicas del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y del Ministerio de Salud, en el ejercicio de su autonomía y previa coordinación con los titulares de sus respectivas entidades, decidieron no impugnar la decisión, lo cual es importante, pues las procuradurías públicas no son autómatas que aplican las normas porque están ahí o por temor de ser sancionadas. Hubiese sido fácil que ambas procuradurías apelen a fin de evitar sanciones o porque sencillamente no deseaban hacer un análisis costo-beneficio de los intereses del Estado involucrados; pero la salida adoptada ha implicado una evaluación de cada procuraduría y ellas, por separado, decidieron no apelar.
3. Otro asunto muy importante en la actualidad, respecto del cual la Procuraduría Anticorrupción está cumpliendo un rol destacable (no solo la sede central sino también las sedes descentralizadas que dependen de aquella), es el de las denuncias por el mal uso de las vacunas contra la Covid-19, sobre todo



de funcionarios y servidores públicos que se saltan la cola o que la aplican a alguien que no debe ser vacunado de acuerdo con el orden de preferencia establecido por la autoridad sanitaria. Hay que decirlo con total claridad: la vacuna se ha convertido en la diferencia entre la vida y la muerte, como si la trama de aquellas películas de espías, acción o ciencia-ficción, en la que el héroe envenenado lucha con el villano a fin de arrebatarse el antídoto, se hubiese vuelto realidad. Vacunarse no impide que te contagies de Covid-19, pero sí te brinda altas posibilidades de no morir o no entrar a una UCI. Si tomamos en cuenta que la vacuna es un bien público, entonces podemos imaginarnos el gran daño que se le hace al Estado y a la sociedad por su mal uso, por lo que es fácil ver la importancia de la actuación relativa a este tema de las procuradurías públicas en general y las procuradurías anticorrupción en particular.

4. La Procuraduría Pública Ad Hoc del caso Lava Jato también ha estado obteniendo algunos logros importantes. Por ejemplo, incluir empresas como terceros civilmente responsables en todos estos casos de corrupción, dieciséis en total, porque además de las condenas penales es importante conseguir el resarcimiento económico. Todo lo que el delito cometido ha traído de provecho en términos monetarios para los que lo cometieron tiene que regresar al Estado.
5. La Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones está ganando arbitrajes o nulidades de arbitrajes en el Poder Judicial, así como también recuperando dinero de controversias entre el Estado y sus proveedores. Sin esa intervención, aquel dinero, en muchos casos montos considerables, no regresaría al Estado, por lo que esta labor de la mencionada procuraduría pública es destacable.

En fin, hay mucho más que decir, pero quiero acabar aquí. En conclusión, la Procuraduría General del Estado es una institución que recién está formándose y tiene una misión muy importante, la misma que he tratado de explicar mediante esta breve presentación.



# Hacia una Procuraduría de Control Gubernamental

**LUIS MIGUEL IGLESIAS LEÓN**  
MIEMBRO DEL CONSEJO DIRECTIVO  
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL  
ESTADO

**Q**uiero agradecer en primer lugar al Consejo Editorial por su gentil invitación a participar en este número inicial de la Revista Jurídica de la Procuraduría General del Estado, iniciativa que constituye un esfuerzo valioso para el fortalecimiento de esta nueva institución, esperando que la revista pueda constituirse en un referente académico dentro de la comunidad jurídica nacional, considerando la escasa reflexión doctrinal que existe en nuestro país sobre las necesidades, los requisitos y alcances de la defensa judicial de los intereses del Estado, intereses que finalmente son también de todos los ciudadanos.

El propósito de estas breves líneas es presentar una reflexión sobre una figura que, a nuestro entender, debe integrarse al sistema de procuradurías públicas del Estado, como es la figura de la Procuraduría Pública Especializada en Control Gubernamental (PPECG), cuya creación permitiría darle una mayor efectividad a la labor de control gubernamental que realiza la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control en su conjunto, fortaleciendo con ello la política de lucha contra la corrupción del Estado peruano.

Como se sabe, el artículo 6° de la Ley No. 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, define al control gubernamental como “la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, trans-

parencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes”, constituyendo esta labor un proceso integral y permanente. Así, el control gubernamental se clasifica en control previo, simultáneo y posterior, dependiendo del momento de su ejecución.

En el actual contexto de la Emergencia Sanitaria por el COVID-19, la Entidad Fiscalizadora Superior viene aplicando el control simultáneo bajo las modalidades de control concurrente, visita de control y orientación de oficio, a las entidades receptoras de recursos públicos asignados durante la emergencia sanitaria, en los proyectos de inversión, adquisiciones de bienes, servicios y obras, así como en toda actividad y procesos donde se vienen transfiriendo recursos públicos. Es importante resaltar que bajo este nuevo enfoque sincrónico, el control está orientado a acompañar a la gestión pública, con el objeto de identificar y comunicar oportunamente la existencia de riesgos que puedan afectar la continuidad, el resultado o el logro de los objetivos institucionales, a fin que la entidad adopte acciones preventivas y correctivas. La ejecución de este tipo de servicio de control no limita el ejercicio de otros servicios de control gubernamental, como el servicio de control posterior, a través del cual se pueden identificar presuntas responsabilidades administrativas, civiles y penales.

En esa línea, el control gubernamental es ejercido por el conjunto de órganos que forman parte del Sistema Nacional de Control, constituyendo la Contraloría General de la República el ente técnico rector del sistema, lo que le otorga la autoridad normativa y funcional para establecer los objetivos, lineamientos, modalidades y procedimientos técnicos para la ejecución de las acciones de control, en función a la naturaleza y/o especialización de cada órgano del sistema, elementos que además prevalecen sobre las que, en oposición o menoscabo de estas, puedan dictar las entidades sujetas a control (artículo 5°).

A pesar de que esta norma deja en claro la voluntad del legislador de que el Sistema Nacional de Control funcione como un cuerpo único e integrado, bajo la rectoría de la Contraloría General, existe un elemento externo que limita la labor de control gubernamental, al imposibilitar que dicho control conlleve tanto la aplicación de una sanción efectiva contra la autoridad o funcionario que incurrió en responsabilidad funcional, como la reparación civil que le corresponde al Estado como parte afectada.

Al respecto, el literal d) del artículo 22° de la Ley No. 27785 señala como una de las atribuciones de la Contraloría General disponer el inicio de las acciones legales pertinentes en forma inmediata por el procurador público de la Contraloría General o el procurador del sector o el representante legal de la entidad examinada, en los casos en que durante la ejecución directa de una acción de control se encuentre daño económico o presunción de ilícito penal. Sin embargo, lo que ocurre en la práctica es que los procuradores públicos sectoriales, o los que tienen a su cargo la defensa de los gobiernos regionales o locales, no siempre


cumplen con la implementación e impulso de las recomendaciones relacionadas al inicio de las acciones legales, emitidas por los órganos del Sistema Nacional de Control; optando por seguir el mandato que dicte el titular de la entidad objeto de control ante la dependencia presupuestal que tienen de aquel, permitiendo de esta manera que muchas acciones de control queden encarpetadas y se mantenga la impunidad de quienes mal utilizaron los fondos del Estado.

Aunado a ello, en tanto siga suspendida la potestad sancionadora de la Contraloría General de la República debido a la inexistencia de marco legal para iniciar procedimientos administrativos sancionadores por responsabilidad administrativa funcional, miles de servidores y funcionarios comprendidos en los hechos y presuntas irregularidades identificadas en los informes de control podrían quedar impunes, pues actualmente también corresponde a la propia entidad iniciar las acciones para el deslinde de responsabilidades administrativas, lo que implica que, al igual que las acciones legales, existe el riesgo latente que las recomendaciones de naturaleza administrativa de los referidos informes no se implementen, menoscabando la efectividad del control gubernamental.

Bajo esta coyuntura, resulta de trascendental importancia que el Congreso de la República apruebe el Proyecto de Ley que tipifica las conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional, para superar la problemática descrita precedentemente; así como la necesidad de abordar propuestas como la desarrollada en el presente artículo, a fin de propender al fortalecimiento del Sistema Nacional de Control y del Sistema de Defensa Jurídica.

Es así que, conforme señala la Ley No 27785, si bien la Contraloría General tiene la opción de recurrir a su Procurador Público para iniciar dichas acciones, esto ha ocasionado una sobrecarga de trabajo para este organismo que le impide avanzar con la prontitud deseada, además de no contar con unidades especializadas que le brinden apoyo técnico y estratégico en su labor de defensa, a diferencia de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción (PPEDC), entidad que cuenta actualmente con una Unidad de Análisis de Información (u Observatorio Anticorrupción), y una Unidad de Análisis Financiero y Cooperación Internacional, ambas de carácter multidisciplinario y que han permitido en los últimos años potenciar la labor de dicha procuraduría.

En ese sentido, la propuesta de una Procuraduría Pública Especializada en Control Gubernamental no implica desactivar y subsumir la PPEDC, dado que esta tiene objetivos claros y precisos; por el contrario, consideramos que la implementación de una PPECG fortalecería la labor de la Procuraduría Anticorrupción al permitirle enfocarse en los casos más complejos y de mayor gravedad; asimismo, ayudaría a robustecer el rol de la Contraloría General y del Sistema Nacional de Control en su lucha contra la corrupción y la inconducta funcional, pues se contaría con una entidad técnica, especializada y multidisciplinaria, capaz de hacer el seguimiento de los casos derivados de los informes de control, orientando la labor de las procuradurías públicas sectoriales, regionales o locales.



De concretarse esta propuesta, consideramos que nuestro país se pondría a la vanguardia en materia de defensa de los intereses de los Estados, más aún cuando vemos que la corrupción ha aprendido a subsistir y reproducirse incluso en el contexto actual de la crisis sanitaria que afecta gravemente no solo al Perú, sino a toda América Latina y al conjunto del planeta. Asimismo, creemos firmemente que una entidad de este tipo aportaría al logro de los fines fijados para el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado, como es el mantener y preservar la autonomía, uniformidad y coherencia en el ejercicio de la función de los/as procuradores/as públicos en el ámbito nacional, supranacional e internacional, así como fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado peruano.

Finalmente, con esta propuesta esperamos dar inicio a un interesante debate sobre las necesidades de reforma y modernización de la Defensa Jurídica del Estado, que, estamos seguros será alimentado y enriquecido a través de la revista que hoy inicia su vida académica. Que el mismo éxito deseado sea el que la revista alcance a partir de este primer número.

# **1** | **Sección Internacional**

# Abogacía General de la Nación de la República Federativa de Brasil: historia, estructura y desafíos para el futuro

## ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA

Exministro de Justicia y Seguridad Pública y exprocurador general de la Advocacia-Geral da União (AGU)

## ADRIANO MARTINS DE PAIVA

Subsecretario de Litigios de la Advocacia-Geral da União (AGU)

## I. INTRODUCCIÓN

La Abogacía General de la Nación (Advocacia-Geral da União - AGU, en portugués) nació en el sistema legal brasileño con la promulgación de la Constitución de la República Federativa de Brasil en 1988, en su art. 131<sup>1</sup>, que reconoció su relevancia constitucional como una función esencial para la justicia, imbuida de la misión de llevar a cabo, directamente o por medio de un órgano vinculado, la representación judicial y extrajudicial de la Unión y sus entidades, así como proporcionar asesoramiento y consultoría jurídica exclusiva al Poder Ejecutivo.

Como se verá a lo largo del texto, la creación de una nueva institución jurídica con competencias complejas y desafiantes, con presencia en todo el territorio de la federación brasileña, no implicó su inmediata instalación, siendo necesaria la aprobación de legislación y actos administrativos complementarios, así como apoyo material y personal para la realización de esta nueva institución.

1 Artículo 131 de la Constitución de Brasil:

“La Abogacía General de la Nación es la institución que, directamente o mediante un órgano vinculado, representa a la Unión judicial y extrajudicialmente, y le corresponde, bajo los términos de la ley complementaria que disponga sobre su organización y funcionamiento, las actividades de consultoría y asesoría legal del Poder Ejecutivo”.

§1° La Abogacía General de la Nación tiene por jefe el Abogado General de la Nación, de libre nombramiento por el Presidente de la República de entre los ciudadanos mayores de treinta y cinco años, de notable saber jurídico y reputación inmaculada.

§2° El ingreso en las clases iniciales de la carrera de la institución de que trata este artículo se hará mediante concurso público de pruebas y títulos.

§3° En la ejecución de la divida activa de naturaleza tributaria, la representación de la Unión cabe a la Procuraduría General de la Hacienda Nacional, observado el dispuesto en ley.



La instalación efectiva solo vino con la Ley Complementaria N° 73/93<sup>2</sup>, que establece la columna vertebral del nuevo organismo, con su diseño corporativo fundamental, división de deberes, carreras, derechos y deberes de los abogados públicos.

En poco más de 25 años de existencia, la AGU ha crecido en número de abogados y funcionarios públicos, se ha profesionalizado, ha superado desafíos y ha avanzado en la realización de su papel institucional, no solo en la defensa formal de la Unión en los tribunales, sino también como participante en el control de políticas públicas y buen uso del dinero público.

En el contexto brasileño actual de cambio de paradigmas normativos, los desafíos que se presentan a la AGU son inmensos. Por lo tanto, la institución tiene un papel crucial para garantizar una protección legal adecuada a las reformas constitucionales en curso, así como para las políticas públicas propuestas por el ejecutivo federal, desde su formulación hasta su ejecución, siempre basadas en los principios y reglas constitucionales, proporcionando la seguridad jurídica esencial para que los ciudadanos, las empresas y los agentes públicos puedan actuar dentro de un escenario de previsibilidad razonable, y así planificar mejor el futuro del país en busca de una sociedad más justa.

## II. BREVE HISTORIA

Es apropiado situar al lector, especialmente al extranjero, en relación con el proceso histórico de construcción, institucionalización y profesionalización de la AGU. Este repaso se basa en una breve revisión constitucional y legal en el reglamento de la actividad legal de defensa de la Unión, o del Estado central, desde los primordios del Estado brasileño.

Durante el Imperio brasileño, bajo la Constitución Imperial de 1824, la defensa del Estado era responsabilidad del Fiscal de las Hazañas de la Corona, quien aún centralizaba las funciones de acusador y defensor en cualquier asunto, ya sea criminal, civil o fiscal.

Con la proclamación de la república brasileña en 1889, y la adopción de un nuevo pacto constitucional, hubo un cambio fundamental en el sistema de justicia, con la creación de Justicia Federal, a través del Decreto N° 848 del 11 de septiembre de 1890, cuando la defensa judicial de la Unión pasó a ser responsabilidad de la Ministerio Público Federal. Este modelo duró en líneas generales hasta la promulgación de la constitución brasileña de 1988.

Paralelamente a la defensa judicial de la Unión por parte del Ministerio Público Federal, en el campo extrajudicial, en la labor de asesoría y consultoría jurídica, había el cargo de Consultor General de la República, quien, hasta la creación de la AGU, desempeñaba la coordinación del área de asesoramiento del gobierno

---

2 La Ley Complementaria N° 73, de 10/02/1993, dispone sobre el organograma de la AGU.

federal, que servía no solo a la Presidencia de la República, sino también a todos los ministerios y los órganos de la denominada administración directa.

Con la constitución brasileña de 1988, el art. 131, rompiendo el paradigma vigente hasta el momento, en un solo acto, retiró de las atribuciones del Ministerio Público Federal<sup>3</sup> la defensa de la Unión, dejando la institución con la atribución de defensa de la sociedad, valores constitucionales y la justicia pública penal.

Y, por otro lado, extinguió el cargo de Consultor General de la República, considerado por algunos como el embrión de la AGU, transfiriendo y concentrando las actividades de consultoría jurídica también en la AGU.

De este modo, en un solo movimiento, la Constitución de 1988 resolvió el problema de la crisis de identidad institucional del Ministerio Público Federal, que concentraba la defensa y el ataque a las acciones contra la Unión en un solo organismo, además de incorporar la actividad de consultoría y asesoría jurídica de la Unión. De esta manera, se incorporó, en un único órgano público, todas las fases de control de los actos de la Administración Pública Federal, en la formulación de actos públicos, así como, eventualmente, la defensa judicial de estos mismos actos, si se los cuestiona ante el Poder Judicial.

Sin embargo, es necesario hacer una advertencia sobre la actividad de consultoría y asesoramiento jurídico prestado por la AGU. Esto se debe a que esta fue la única asignación que permaneció exclusiva para el Poder Ejecutivo, precisamente por respeto a la separación de poderes, correspondiendo al Poder Legislativo y al Poder Judicial resolver de manera independiente sus problemas legales internos (Perin, 2014).

El modelo brasileño se inspiró en el modelo italiano, en el que la tutela específica del estado Administración, por la Abogacía Pública, está separada de la tutela de los intereses de la sociedad, ejercida por el Ministerio Público (Kirsh, 2006)<sup>4</sup>.

Así, con la Ley Complementaria N° 73/93 y otras leyes ordinarias, la AGU incrementó su diseño institucional, especificando órganos y funciones internas, todo para desempeñar mejor el papel relevante de conformidad constitucional y legal de los actos de la Unión, y de una defensa eficiente y operativa en el campo judicial.

---

3 En los artículos 127 y siguientes de la Constitución de 1988 encuéntrase reglamentado el Ministerio Público, entre las funciones esenciales a la justicia. En el art. 128, tenemos el §1°, que especifica que el Ministerio Público Federal tiene por jefe el Procurador General de la República, nombrado por el Presidente de la República entre los integrantes de la carrera, mayores de treinta y cinco años, tras la aprobación de su nombre por la mayoría absoluta de los miembros del Senado Federal, por el mandato de dos años, admitida una reconducción. El Ministerio Público Federal actúa en la Justicia Federal, en el Superior Tribunal de Justicia y auxiliando el Procurador General de la República en el Supremo Tribunal Federal.

4 Modelo distinto del utilizado por los Estados Unidos de la América, que ha adoptado una hiperconcentración de las funciones esenciales de la justicia estatal en el Departamento de Justicia, liderado por el Attorney General, una mixtura de jefe del Ministerio Público, de la Policía Federal y Abogacía Pública, y otros órganos relacionados. Este diagrama es incluso criticado en el ámbito de la academia americana, como por el profesor Allan Derschowitz (Souto, 2000), justamente por el conflicto potencial entre las competencias del órgano.

### III. ESTRUCTURA, CARRERAS Y COMPETENCIAS

Durante estos años de existencia institucional, la AGU ha demostrado ser una institución independiente técnicamente y esencial (Kuhn, 2013) para el funcionamiento no solo de la justicia, sino también de la estructura administrativa federal, especialmente del Poder Ejecutivo. Y, día a día, gana reconocimiento y construye una imagen de profesionalismo y respeto. Esto, incluso cuando actúa para gobiernos de diferentes matices ideológicos, porque, a pesar del compromiso con la agenda de políticas públicas gubernamentales, la institución tiene la misión de buscar la compatibilidad constitucional de las acciones políticas propuestas por los gobernantes.

Estructuralmente, con base en el sistema normativo descriptivo de la red administrativa de la AGU, tenemos el art. 131 de la CF/88: “la Abogacía General de la Nación es la institución que, directamente o mediante un órgano vinculado, representa a la Unión judicial y extrajudicialmente, y le corresponde, bajo los términos de la ley complementaria que disponga sobre su organización y funcionamiento, las actividades de consultoría y asesoría legal del Poder Ejecutivo”<sup>5</sup>.

La disposición es muy clara al afirmar la esencialidad de la AGU para el funcionamiento de la justicia. En los detalles de ese artículo, en los tres párrafos siguientes<sup>6</sup>, se describe que: la jefatura de la institución cabe al Abogado General de la Nación, designado libremente por el Presidente de la República de entre los ciudadanos mayores de treinta y cinco años, de notable conocimiento legal y reputación intachable; la forma de ingreso en los cuadros iniciales de la institución; y, también, la forma de ejecución de los procesos de naturaleza fiscal (ejecución de la deuda pública), por órgano específico de la AGU, la Procuraduría de la Hacienda Nacional<sup>7</sup>.

---

5 Sin embargo, gravita en torno del cargo de Abogado General de la Nación una competencia que sobrepasa sus atribuciones institucionales, aproximando el cargo de su perfil político, como bien se puede leer en la Ley N° 9.649/1998, que afirma el Abogado General de la Nación como órgano de asesoramiento directo al Presidente de la República.

6 Artículo 131 de la Constitución de Brasil: “La Abogacía General de la Nación es la institución que, directamente o mediante un órgano vinculado, representa a la Unión judicial y extrajudicialmente, y le corresponde, bajo los términos de la ley complementaria que disponga sobre su organización y funcionamiento, las actividades de consultoría y asesoría legal del Poder Ejecutivo”.

§1° La Abogacía General de la Nación tiene por jefe el Abogado General de la Nación, de libre nombramiento por el Presidente de la República de entre los ciudadanos mayores de treinta y cinco años, de notable saber jurídico y reputación inmaculada.

§2° El ingreso en las clases iniciales de la carrera de la institución de que trata este artículo se hará mediante concurso público de pruebas y títulos.

§3° En la ejecución de la divida activa de naturaleza tributaria, la representación de la Unión cabe a la Procuraduría General de la Hacienda Nacional, observado el dispuesto en ley.

7 Manteniendo una tradición de la Administración Pública Federal, se reconoció expresamente la competencia de la Procuraduría General de la Hacienda Nacional para la representación judicial de la Unión en la ejecución de deudas activas de naturaleza tributaria. Tal especificación de modo casual ha sido una opción del poder constituyente que ha querido, expresamente, retirar de las atribuciones del Ministerio Público Federal la actuación en el cobro de la deuda pública tributaria, aunque se considere una exageración normativa, pues la Constitución ya dejaba claro que la representación judicial de la Unión iba a pasar a ser de la Abogacía General de la Nación, y, como se verá en las líneas siguientes, la Procuraduría de la Hacienda Nacional hace parte, junto con los procuradores de la Hacienda Nacional, en la estructura de la institución.

A diferencia de otros puestos directivos de instituciones republicanas brasileñas, como el Procurador General de la República y el Presidente del Banco Central, el Abogado General de la Nación es un cargo libremente designado por el Presidente de la República (art. 84, punto XVI). Su aprobación no está sujeta a la confirmación del Congreso Nacional, como es el caso de otros ministros del Poder Ejecutivo.

En este sentido, cabe destacar que una peculiaridad del cargo de Abogado General de la Nación es que se le asigna el papel de órgano asesor directo del Presidente de la República, una competencia para además de sus atribuciones institucionales, especificada en el art. 1º, punto II, de la Ley N° 9.649/1998<sup>8</sup>.

El Abogado General de la Nación posee una delegación del Presidente de la República para reglar la organización interna de la Abogacía General de la Nación (art. 84, único párrafo de la CF/88)<sup>9</sup>.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, aunque el cargo de Abogado General de la Nación ha sido elevado a la categoría de Ministro de Estado<sup>10</sup>, en la topografía constitucional la Abogacía General de la Nación tiene su previsión en el Capítulo IV, "De las funciones esenciales a la justicia", ocupando la Sección II de este cuadrante normativo, "De la Abocacia-Pública", compartiendo espacio en ese mismo cuadrante con el Ministerio Público Federal - Sección I, con la Abogacía Privada - Sección III, y la Defensoría del Pueblo - Sección IV.

Constituye un pensamiento consolidado en Brasil la conformación constitucional y la naturaleza jurídica de la Abogacía General de la Nación. Por lo tanto, la AGU, como parte de la Abogacía Pública, que aún incluye a los Abogados Públicos de los Estados Federados y del Distrito Federal, no forma parte de los Capítulos que

---

8 Art. 1º La Presidencia de la República es constituida, esencialmente, por la Casa Civil, por la Secretaría General, por la Secretaría de Comunicación de Gobierno y por el Gabinete de Seguridad Institucional.

§1º Integran la Presidencia de la República como órganos de asesoramiento inmediato al Presidente de la República:

I – El Consejo de Gobierno;

II – el Abogado General de la Nación; (...)"

9 Art. 84. Es responsabilidad exclusiva del Presidente de la República:

(...)

VI - disponer, mediante decreto, sobre:

a) organización y funcionamiento de la administración federal, cuando no implique aumento de costos ni creación o extinción de órganos públicos;

b) extinción de funciones o cargos públicos, cuando vacantes;

(...)

Párrafo único. El Presidente de la República podrá delegar las atribuciones mencionadas en los puntos VI, XII e XXV, primera parte, a los Ministros de Estado, al Procurador General de la República o al Abogado General de la Nación, que deberán observar los límites trazados en las respectivas delegaciones.

10 En los términos de la Ley N° 9649/98 y sus actualizaciones, conforme el art. 13: "Los Ministerios son los siguientes: (...) § 1o Son Ministros de Estado los titulares de los Ministerios, el jefe de la Casa Civil, el jefe del Gabinete de Seguridad Institucional, el jefe de la Secretaria General, el jefe de la Secretaría de Comunicación de Gobierno de la Presidencia de la República, el Abogado General de la Nación y el Contralor General de la Nación.

disciplinan los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial, respectivamente Capítulos I, II y III, del Título IV, "Organización de Poderes", de la Constitución de 1988.

La propia Corte Constitucional brasileña, el Supremo Tribunal Federal (STF), en el juicio de RE 558.258<sup>11</sup>, al discutir un tema relacionado con el posicionamiento orgánico y constitucional de la AGU, entendió que las funciones ejercidas por sus miembros, así como las otras funciones esenciales para la justicia, son separadas del Poder Ejecutivo, porque: "tenemos que tanto el Ministerio Público como la Abogacía Pública y la Defensoría del Pueblo son instituciones que no integran ninguno de los tres poderes. Están separadas tanto del Legislativo, del Ejecutivo y del Poder Judicial".

En este sentido, basado en una concepción actualizada de la separación de poderes en las organizaciones constitucionales contemporáneas, se puede decir que la abogacía pública es una función constitucional autónoma. Este nombre es más consistente con su perfil constitucional y las atribuciones relevantes en la defensa del interés y patrimonio público.

Esta esencialidad de los órganos de justicia también se reconoce en la doctrina constitucional, como lo destaca Ramos (2014, 25), al citar a José Alfonso da Silva, para quien no hay justicia sin las partes (*nemo iudex sine actore*).

En la caput del art. 131 se hizo la opción de reproducir la descentralización administrativa brasileña, establecida en el orden jurídico brasileño desde el Decreto-Ley N° 200/1967<sup>12</sup>. En este, la Administración Pública se divide entre directa e indirecta. Directa, compuesta por ministerios y sus órganos, e indirecta, compuesta por autarquías comunes o especiales, y fundaciones públicas.

En el primer caso, la representación judicial y extrajudicial queda a cargo de los órganos legales de ejecución previstos en la LC N° 73/93: Procuraduría General de la Nación, Consultoría General de la Nación y Procuraduría General de la Hacienda Nacional.

A los órganos vinculados, las representaciones judicial y extrajudicial recayeron en la Oficina del Procurador General de las Agencias Federales<sup>13</sup> para la gran ma-

---

11 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620689>.

12 Art. 4° La Administración Federal comprende:

I - La Administración Directa, que se constituye de los servicios integrados en la estructura administrativa de la Presidencia de la República y de los Ministerios.

II - La Administración Indirecta, que comprende las siguientes categorías de entidades, dotadas de personalidad jurídica propia:

- a) Autarquías;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economía Mixta.
- d) Fundaciones públicas.

Párrafo único. Las entidades comprendidas en la Administración Indirecta se vinculan al Ministerio en cuyo ámbito de competencia recae su principal actividad.

13 La Ley N° 10.480/2002 ha creado la Oficina del Procurador General de las Agencias Federales.

oría de las autarquías y fundaciones, excepto para el Banco Central de Brasil, que está representado por la Procuraduría General del Banco Central. Ambas procuradurías están especializadas en las áreas en las que operan, dotadas de relativa independencia del control ministerial.

Así, deben destacarse los criterios utilizados en la división de atribuciones entre las procuradurías, directa o indirectamente vinculadas a la AGU, en contencioso y consultivo, tributario y no tributario.

Para dar seguridad y herramientas de trabajo a los abogados públicos que trabajan en el contencioso, la Ley N° 9.028/1995<sup>14</sup>, entre varias disposiciones de emergencia, ofreció mecanismos importantes para la operatividad institucional: suministro de bienes y servicios por acuerdo con otros organismos públicos (art. 2); poder para requerir información en el ámbito de la administración federal (art. 4); notificación personal en procedimientos judiciales (art. 6); creación del Departamento de Cálculos y Pericias de la AGU (art. 8° - C); creación, en la Procuraduría General de la Nación, de la Coordinación de Acciones de Recomposición del Patrimonio de la Unión, con el fin de recuperar las pérdidas patrimoniales sufridas por la Unión, la ejecución de títulos judiciales y extrajudiciales, incluidos los emitidos por el Tribunal Federal de Cuentas (art. 8°-E); posibilidad de asumir, temporal y excepcionalmente, la representación judicial de autarquías y fundaciones públicas (art. 11-A); y reorganización del cuadro personal de la institución, con la incorporación de puestos a la estructura de la AGU.

Con estos mecanismos, la AGU pasó a contar con medios e información adecuados para ejercer sus competencias con mayor eficiencia y seguridad institucional.

Su reglamento interno fue aprobado por el Decreto N° 7.392/2010<sup>15</sup>, que establecía la estructura de regimiento, los cargos en comisión, incluso del órgano vinculado a la AGU, la Oficina del Procurador General de las Agencias Federales. Actualmente, la estructura regimental de la AGU está reglamentada por el Decreto N° 10.608/2021, publicado en el Diario Oficial de la Unión de 26 de enero de 2021<sup>16</sup>.

Vale la pena mencionar que, a pesar de que la AGU actúa en la representación judicial de la Unión y la estructura administrativa federal con una eficacia cada vez más probada, con el tiempo y el gran volumen de demandas se hizo necesario utilizar instrumentos alternativos de resolución de conflictos.

Esto se debe al hecho de que la Ley Complementaria no ofrecía los instrumentos necesarios para equipar la AGU a fin de enfrentar los desafíos asumidos por la institución como una función esencial para la justicia. Por lo tanto, para actuar eficazmente en defensa del interés público no es necesario, de modo obligatorio, pelear una batalla en el campo judicial.

---

14 Recuperado en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9028.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9028.htm)

15 Recuperado en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm#anexoI](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7392.htm#anexoI)

16 Recuperado en: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.608-de-25-de-janeiro-de-2021-300753253>

La Ley N° 9.469/1997<sup>17</sup>, actualizada por la Ley N° 13.140/2015<sup>18</sup>, vino a proporcionar normativas para permitir a los abogados públicos, mediante autorización directa o por delegación del Abogado General de la Nación, celebrar acuerdos o transacciones para prevenir o poner fin a los litigios judiciales.

Para hacer viable esta política de acuerdos se creó la Cámara de Mediación, Conciliación y Arbitraje de la Administración Federal (CCAF)<sup>19</sup>, que cubre no solo los conflictos entre los órganos de la administración federal en sentido amplio, sino entre ellos y las otras entidades de la federación (Estados, Distrito Federal y municipios).

En cuanto a la defensa del patrimonio público, la institución también ha adquirido un papel único en el sistema de justicia brasileño, especialmente en acciones judiciales dirigidas al resarcimiento de valores desviados del erario o de condenas por daños a patrimonio público.

Por ejemplo, se reconoce la legitimidad de la AGU para, en representación de la Unión, poder iniciar procedimientos preparatorios preliminares, y siendo el caso, hasta proponer una acción de improbabilidad administrativa para resarcimiento del erario<sup>20</sup> y acción civil pública<sup>21</sup> en la defensa del patrimonio público. Y, aún más recientemente, en el campo de la lucha contra la corrupción<sup>22</sup>, participar en el procedimiento de acuerdo de lenidad y en el eventual cobro judicial de sanciones.

#### **IV. DESAFÍOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA ABOGACÍA GENERAL DE LA UNIÓN**

La AGU tiene como desafío no solo ser reconocida como el bufete de abogados más grande de Brasil, sino como el mejor. Y, todavía más, consolidar su posición como parte del mecanismo de control efectivo del patrimonio público, tanto de

---

17 En los artículos 1 y 1°-A se describe la posibilidad no solamente de prevención de litigio por el no enjuiciamiento de acciones sin posibilidad de éxito comprobada, sino también su extinción por retiro, no interposición de recurso, o hasta en el cobro de deudas, la no inscripción del montante en la deuda activa pública.

18 Recuperado en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm).

19 La Cámara de Conciliación y Arbitraje de la Administración Federal (CCAF) ha sido instituida por el Acto Regimental N° 5, de 25 de septiembre de 2007, alterado por el Acto Regimental N° 2, de 9 de abril de 2009. Su estructura está definida por el Decreto 7.392/2010, que ha sido modificado por el Decreto 7.526/2011.

20 La Ley 8.492/92, dispone sobre las sanciones aplicables a los agentes públicos en el caso de enriquecimiento ilícito en el ejercicio del mandato, cargo, empleo o función en la Administración Pública directa, indirecta, o fundacional y da otras providencias. La legitimidad de la Unión queda expresada en el art. 17, caput.

21 Ley 7.347/1985. Legitimidad de la Unión garantizada por el Art. 5°, punto III, incluso para defender no solo los bienes de relevo colectivo y difuso, sino también, específicamente el patrimonio público, conforme el punto VIII, del art. 1°, de la referida ley.

22 Ley N° 12.846/2013. Dispone sobre la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la práctica de actos contra la administración pública, nacional o extranjera, y de otras providencias. El art. 6° exige la manifestación jurídica de la respectiva abogacía pública en el procedimiento de acuerdo de lenidad, y en el eventual cobro judicial de las sanciones por el incumplimiento del acuerdo y de la responsabilidad de los agentes involucrados.



modo preventivo como represivo, una institución que ejerce parte de la *accountability* de la administración pública brasileña (Loureiro, 2010).

Esto se debe al hecho que la AGU hace parte del conjunto de instituciones públicas indicadas en la constitución brasileña —como señala Souza (2019, 104-15), en un trabajo dedicado a los desafíos en la lucha contra la corrupción—, al lado del Ministerio Público, la Policía Federal y la Corte de Cuentas, para decir los organismos que operan a nivel federal.

La internacionalización es también un desafío que se presenta. Así, a través de un mayor intercambio de información con abogados públicos en América Latina, y la participación en grupos y organizaciones internacionales —grupos temáticos sobre regulación y lucha contra la corrupción de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y del Grupo de Acción de Instituciones financieras (GAFI)— que debatan y deliberen sobre aspectos fundamentales de las políticas públicas de las naciones desarrolladas, siempre con el objetivo del bien común y los valores universales de la justicia.

La batalla es grande y los obstáculos no son pocos: el desafío de adaptarse a las nuevas tecnologías (trabajo virtual e inteligencia artificial), la falta de recursos. Todo esto asociado con una mayor demanda de la sociedad por políticas públicas efectivas.


## **V. CONCLUSIÓN**

Es incuestionable que la AGU es una de las instituciones jurídicas públicas que más ha crecido y ganado reconocimiento en los últimos años en la escena política institucional brasileña. Siempre haciendo un trabajo incansable y a expensas del esfuerzo y del compromiso de muchos abogados y funcionarios públicos, que pudieron ver en la institución recién instalada, no solo un trabajo, sino mucho más que eso: la oportunidad de construir una nueva institución.

El fortalecimiento de la AGU no sería posible sin la participación de sus miembros en las diversas carreras que forman la institución. Como dice Souto (2002), la institución es un trabajo multifacético, compuesto por varias carreras y sus peculiaridades. Los abogados públicos seleccionados en un proceso público democrático y exento, fueron y son responsables por dar forma a una ya conocida cultura institucional, profesional, dinámica y técnica, siempre comprometidos con los valores constitucionales.

Las normas infraconstitucionales, que surgieron a raíz de la Ley Complementaria N° 73/93, confirmaron la tendencia hacia una modernización y adaptación de la institución a los nuevos mecanismos de resolución de conflictos, y hacia la participación de la institución en la red de control de actos y gastos de la administración pública, ya sea de modo preventivo (consultiva) o represivo (contenciosa).





La AGU, como una función constitucional autónoma, es una institución que nació para el siglo XXI. Es el producto de una carta política que trajo avances significativos a toda la sociedad brasileña.

El asesoramiento a los administradores y las áreas técnicas ejecutivas de las políticas públicas permite una mayor seguridad jurídica para el trabajo realizado por los agentes públicos, además del conocimiento por parte de los abogados públicos de las emergencias y justificaciones para la adopción de políticas públicas en debate.

El futuro, más impredecible que nunca, revela, a la velocidad típica de la nueva era digital, más y más desafíos, que requieren de la AGU un incremento de la política de capacitación de su personal en el área de tecnología de la información, en un momento del proceso virtual, y, lo más inquietante, el uso de la inteligencia artificial en los procesos de trabajo, internamente o en el foro judicial.

Por lo tanto, conscientes del trabajo por delante, la cooperación de la AGU con las demás instituciones del sistema judicial brasileño (el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la abogacía privada, independientemente de los enfrentamientos jurídicos inherentes al proceso de toma de decisiones administrativas o judiciales) se convierte en esencial para establecer una base común de flujo de datos y procesos, favoreciendo a todos, en un juego de ganar-ganar, en el que el ciudadano es en última instancia el mayor beneficiario.

Este trabajo de cooperación técnica va más allá de las fronteras del país y, en América Latina, adquiere una dimensión especial y mucho más integral cuando surgen iniciativas pioneras de cooperación entre procuradurías y las abogacías públicas latinoamericanas a favor de la defensa del interés público, en las cuales la AGU también participa.

## BIBLIOGRAFÍA

- KIRSCH, César do Vale (2006). Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Lumen Juris editora, (16), 43-94.
- KUHN, Paulo Henrique (abril, 2013). A Advocacia-Geral da União: função essencial à justiça e órgão imprescindível ao funcionamento eficiente do estado democrático de direito. *Publicações da Escola da AGU*, (27), 297-304.
- LOUREIRO, Maria Rita, ABRUCIO, Fernando Luiz e PACHECO, Regina Silva, Orgs (2010). *Burocracia e Política no Brasil: desafios para a ordem democrática no século XXI, Controles Democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Contas e Ministério Público*. Editora FGV.
- RAMOS, Willian Junqueira (2014). *A Advocacia-Geral da União e a Defesa do Interesse Público primário*. Letras Jurídicas.
- SOUTO, João Carlos (mayo, 2002). Advocacia-Geral da União. *Direito & Justiça. Jornal Correio Braziliense*, (14232), 11.
- SOUTO, João Carlos (marzo, 2000). Dershowitz e a Advocacia-Geral da União. *Direito & Justiça, jornal Correio Braziliense*, (14.3461), 16.
- SOUZA, Carolina Yumi (2019). Sistema anticorrupção, improbidade administrativa e o papel da Advocacia-Geral da União. En Regina Tamami Hirose (Coord.), *Carreiras Típicas de Estado: desafios e avanços na prevenção e no combate à corrupção* (103-120). Editora Fórum.
- PERIN, Jair José (setiembre, 2014) Advocacia-Geral da União: Advocacia de Estado ou de Governo. *Consulex: Revista Jurídica*, 18 (424), 60-61.

# El ejercicio de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos como atribución del Ministerio de la República de Panamá

MÓNICA CASTILLO ARJONA

Secretaria General de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las atribuciones constitucionales del Ministerio Público menos estudiadas por parte de los juristas panameños ha sido precisamente el de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, la misma que constituye precisamente el punto medular del presente análisis. Es importante destacar que las particularidades que reviste el Ministerio Público panameño, en relación con sus homólogos de la región, probablemente ha incidido de manera directa en la carencia de un estudio profundo, desde una visión académica, acerca de una competencia tan vital para la construcción de la institucionalidad de un país, como lo es el ejercicio de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos.

En este sentido, podemos afirmar que desde el surgimiento de la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Administración, que a su vez forma parte del Ministerio Público, se alcanzó el desarrollo de muchas de estas atribuciones constitucionales que hoy comparte con la Procuraduría General de la Nación y sus fiscales, que por razón de la especialidad que caracteriza al ente fiscal no se habían podido desarrollar a plenitud, y terminaron siendo ejercidas de manera especial por la Procuraduría de la Administración, tal cual lo recoge su estatuto orgánico, entre las cuales se encuentra, precisamente, el ejercicio de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos.

De esta forma, a fin de desarrollar este análisis, hemos tomado en cuenta los aspectos históricos con el objetivo de determinar desde qué momento esta responsabilidad se convierte en una atribución constitucional del Ministerio Público, para lo cual no solamente nos hemos limitado al estudio de nuestra vida republicana, como Estado soberano e independiente, a partir de nuestra

Constitución de 1904, sino mucho antes, precisamente a través de un recorrido del constitucionalismo federal panameño. Así también, se ha hecho un especial énfasis en cómo esta atribución fue desarrollada legalmente, destacando así la forma mediante la cual se activa esta competencia hoy en día, su base jurisprudencial, resaltando finalmente aquellos aspectos que desde nuestro punto de vista deben ser fortalecidos en aras de robustecer el ejercicio de esta atribución constitucional.

## **II. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIGILANCIA DE LA CONDUCTA OFICIAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS COMO ATRIBUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Resulta interesante destacar que el ejercicio de vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos como atribución del Ministerio Público tiene sus orígenes en la Constitución de Río Negro de 1863<sup>1</sup>. De esta forma Panamá, como Estado soberano, en su Constitución de 6 de julio de 1863, también desarrolla esta función y se la atribuye al Ministerio Público en cabeza de un Procurador del Estado, quien vela por el puntual cumplimiento de la constitución y las leyes, excitando y requiriendo a los encargados de su ejecución, lo que también está recogido en las constituciones panameñas de 1865, 1868, 1870, 1873 y 1875. Por lo tanto, dichas atribuciones, las cuales estuvieron enfocadas a vigilar que las autoridades cumplieran con la constitución y las leyes, se encontraron presentes en la mayor parte del constitucionalismo federal panameño.

De igual manera, ya bajo otro modelo de Estado y de gobierno, resulta muy interesante que también la Constitución de la República de Colombia de 1886 le reconocía al Ministerio Público de un modo un poco más definido la responsabilidad de “supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos”.

Definitivamente ese legado del siglo XIX influyó de forma importante en nuestra constitución republicana de 1904, la cual también identificaba como función del Ministerio Público la de “Supervigilar la conducta de los empleados públicos en lo oficial”, atribución que se mantuvo en la constituciones de 1941 y 1946. En esta última, luego de la modificación introducida por el Acto Legislativo de 1956, se introduce al Ministerio Público al Procurador Auxiliar, el mismo que, ya con la Constitución de 1972, pasó a denominarse Procurador de la Administración. Por lo tanto, lo cierto es que la función de vigilar la conducta oficial de los servidores públicos y procurar que los mismos cumplan con sus deberes ha estado presente en toda nuestra vida constitucional republicana.

---

1 Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1\* de 1863 (8 de mayo de 1863)

“Capítulo IX. Ministerio Público.

Artículo 73 El Ministerio Público se ejerce por la Cámara de Representantes, por un funcionario denominado “Procurador General de la Nación, y por los demás funcionarios que determine la ley.

Artículo 74. Son atribuciones del Ministerio Público:

Cuidar de que todos los funcionarios públicos al servicio de la Unión desempeñen cumplidamente sus deberes...”

### III. DESARROLLO LEGAL DEL EJERCICIO DE VIGILANCIA DE LA CONDUCTA OFICIAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El desarrollo legal de esta atribución constitucional del Ministerio Público ha sido un tanto variable y muy general, lo que probablemente ha influido de forma sustancial en nuestro país para que no se hayan forjado unas bases sólidas que permitan llevar a cabo un control externo disciplinario.

Esto lo observamos desde la Ley 58 de 1904<sup>2</sup>, sobre Organización Judicial, como también en el Código Judicial de 1916, y en las normas posteriores relacionadas con la Organización Judicial, pues el ejercicio de la competencia de vigilancia por parte del Ministerio Público estaba más orientado a conocer de las quejas que se interponían en contra de los funcionarios que administraban justicia por demora y denegación de justicia. Este ejercicio estaba repartido entre el Procurador General, los Fiscales del Juzgado Superior y los demás funcionarios, dependiendo de la esfera ante la cual actuaban.

Probablemente este desarrollo se encontraba tremendamente influenciado por la concepción que se tenía del Ministerio Público durante el Estado Federal, específicamente en 1855, en cuanto a la vigilancia de los servidores públicos, la cual estaba orientada principalmente a la inspección de los funcionarios del ramo judicial, a fin de velar que la administración de justicia fuese eficiente. Así se desprende del numeral 2 del artículo 6 de la Ley 30 de 1855<sup>3</sup>, sobre el Ministerio Público, aunque es evidente que el marco constitucional en nuestra vida republicana fue mucho más amplio desde un inicio y aspiraba hacia una vigilancia integral del buen funcionamiento del servicio público.

Realmente es con la Ley 15 del 20 de febrero de 1941<sup>4</sup>, Orgánica del Ministerio Público, que se empieza a hacer referencia a la “súper vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos”; pero sin hacer un mayor desarrollo sobre este tema. Por lo tanto, aunque la atribución constitucional se encontraba presente, probablemente estuvo en todo momento más orientada al aspecto criminal que

---

2 Ley 58 de 1904 (de 27 de mayo), sobre Organización Judicial.

“Art.143 Son funciones del Procurador General de la Nación:

1...

7ª Oír las quejas que se le den por demora o denegación de justicia en la Corte Suprema, examinar los respectivos asuntos, y, si encuentra fundada la queja, procurar que se subsane la falta ocurriendo, en caso necesario, a la Asamblea Nacional”.

3 Ley 30 de 1855, Sobre el Ministerio Público.

“Art. 6 Son funciones del Procurador general:

1...

2. Ejercer la suprema inspección respecto de todos los empleados del ramo judicial; promoviendo lo conveniente para que sea pronta e imparcial la administración de justicia i para que se haga efectiva la responsabilidad de los culpables”.

4 Ley No. 15 de 20 de febrero de 1941.

Artículo 18. Corresponde a todos los Agentes del Ministerio Público, las siguientes funciones:

1...

3.Supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos.

al disciplinario. Por ende, observamos que algunas atribuciones dadas constitucionalmente no se desarrollaron de forma integral ni apropiada, como también es importante destacar que no contamos con mayor evidencia que demuestre cómo se llevaba a cabo esa vigilancia de todos los funcionarios públicos por parte del Ministerio Público en los primeros años de vida republicana.

Posteriormente, observamos que el Código Judicial de 1984 tampoco desarrolló mucho sobre este tema, y en el caso particular de la figura del Procurador de la Administración, aunque formaba parte del Ministerio Público, era visto sobre todo dentro de las funciones constitucionales de forma alternada con el Procurador General, específicamente frente a sus actuaciones especiales ante el Contencioso, y como un ente consultivo de los funcionarios administrativos.

Probablemente el escaso desarrollo de la atribución de vigilancia otorgada al Ministerio Público se haya debido, en gran medida, a una falta de visión sobre la necesidad de articular esta responsabilidad de una manera independiente de la responsabilidad penal, y también a la carencia de elementos de juicio sólidos que permitieran valorar la importancia de fortalecer esa supervisión de todos los servidores públicos, en manos de un ente externo a las instituciones públicas, cuyo ejercicio a su vez se encuentre alejado y diferenciado de la actividad de control político parlamentario llevada a cabo por la Asamblea Nacional.

Por lo tanto, realmente es hasta el año 2000, con la creación de la Ley 38, que surge un marco regulatorio que no solo le da personalidad a la Procuraduría de la Administración, sino que le permite llevar a cabo otras funciones constitucionalmente atribuidas que ni el Código Judicial de 1984 ni el de 1987 le permitían llevar a cabo, entre ellas la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, reconociendo de esta manera la necesidad de un mecanismo de supervisión fuera de las entidades públicas que coadyuve con el fortalecimiento de la institucionalidad en nuestro país.

Debemos tomar en cuenta que a partir de la Constitución de 1941 la Procuraduría General de la Nación, sus fiscales y personeros se fueron especializando cada vez más en la persecución del delito, y, por ende, alejándose un poco de las otras competencias constitucionales, las cuales fueron rescatadas en gran medida por la Ley Orgánica de la Procuraduría de la Administración, generada en el año 2000.

Sin embargo, nos preguntamos a partir de qué momento, en nuestra historia patria, se empieza a asociar el ejercicio de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos con una eventual responsabilidad disciplinaria, entendida esta como las consecuencias que una acción u omisión de los servidores públicos trae en su régimen laboral.

Lo cierto es que las bases del régimen disciplinario panameño las encontramos en el Código Administrativo de 1916, donde podemos detectar dos normas que traeré a manera de referencia:

Artículo 845. Todo empleado público debe respeto y obediencia a sus superiores y cortesía y deferencia a los particulares. Los jefes de las oficinas públicas cumplirán por sí, y harán que sus subalternos cumplan fielmente sus deberes.

Artículo 847. Los empleados públicos deberán sujetarse estrictamente a los reglamentos que dicte la autoridad competente para el buen servicio interior de las respectivas oficinas<sup>5</sup>.

Vemos desde un inicio que el régimen disciplinario tenía características implícitas del derecho administrativo penal, especialmente centrado en el aspecto sancionatorio, donde los servidores públicos quedarían bajo el esquema de regulación de cada entidad en todo lo que concierne a sus relaciones laborales. Por lo tanto, se desprende con claridad que el concepto de tipicidad y mucho menos el de falta administrativa no se encontraban desarrollados para esta fecha, haciéndose mayor énfasis en la sanción administrativa.

A partir de la creación del control de la legalidad de los actos administrativos en nuestro sistema patrio es indiscutible que empezamos a ver cierto grado de transformación en el régimen disciplinario aplicado a los servidores públicos. Tal es el caso de la Ley 15 del 28 de enero de 1957, por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Nacional de 1946, referente al derecho de los ciudadanos de presentar peticiones, consultas, quejas y a recibir una respuesta en un tiempo determinado, donde observamos una clara influencia de la existencia de un control de la legalidad de los actos administrativos, a partir de la introducción de sanciones a los funcionarios que no cumplieran con la constitución y la ley y que podría inclusive acarrear la pérdida de su empleo.

Muestra de lo anterior lo vemos también en el Decreto N° 539 del 29 de septiembre de 1951, que reglamenta el artículo 137 de la Ley Orgánica del Ministerio de Educación de 1946, que regulaba las faltas del personal docente y administrativo del Ministerio de Educación.

Sin embargo, a diferencia de Colombia, cuyo primer estatuto de carrera administrativa se expide mediante Ley 165 de 1938<sup>6</sup>, Panamá regula legalmente el régimen de personal, fuera de las regulaciones del Código Administrativo hasta el Decreto Ley N° 11 del 16 de septiembre de 1955, que crea la Dirección General de Carrera Administrativa. Dicho decreto fue subrogado por la Ley N° 4 del 15 de enero de 1961, sobre la Administración Pública, que introduce un régimen disciplinario aplicable a los funcionarios de carrera administrativa, la cual fue reformada por el Decreto de Gabinete N° 137 de 1969; sin embargo, ninguno de estos marcos regulatorios fueron lo suficientemente robustos.

No fue sino hasta la generación de la Ley 9 de 1994, a través de la cual se establece y regula la carrera administrativa, que se sientan las bases que hoy conocemos y que empezaron a forjar la necesidad de que los reglamentos internos aplicables en las distintas instituciones, que se regían bajo un mismo régimen, fueran lo más unificados posibles. Muestra de ello fue la emisión de la Resolución N° 2 del 7 de enero de 1999, a través de la cual la Junta Técnica de la Carrera Administrativa aprobó el modelo de reglamento interno para las instituciones del sector público,

<sup>5</sup> Ley 1 de 1916 (22 de agosto), por la cual se aprueba el Código Administrativo.

<sup>6</sup> Isaza Serrano, Carlos Mario (2009). *Teoría General del Derecho Disciplinario*. Temis, 18 y ss.



revisado por la Procuraduría de la Administración y Asesoría Legal de la Presidencia. Como lo que primaba por el mandato del propio Código Administrativo era que cada entidad desarrolle sus propios reglamentos internos, en el caso de los regímenes de carreras especiales subsistía con más razón la misma situación (tales son los casos de la Policía Nacional y del Ministerio de Educación).

Es posible que aunque el Ministerio Público mantuvo como atribución llevar a cabo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, como competencia constitucional durante nuestra vida republicana, la falta de una regulación integral o por lo menos general del servicio civil en Panamá influyó de forma determinante en el desarrollo del control externo disciplinario en nuestro país. A diferencia del modelo colombiano, tal como señalamos, después de la Ley de 1938 surgieron otras normas que fueron sentando bases sólidas, como es el caso de la reglamentación de 1939, así como los aportes que introduce la Ley 19 de 1958 sobre reforma administrativa y que crea en el seno del Consejo de Estado la Sala de Servicio Civil, a la cual deberán someterse los proyectos o decretos en materia de servicio civil. A dicha norma se sumaron el Decreto 1679 de 1960, el Decreto 1732 de 1960, entre otras, hasta que finalmente llegó el Decreto 200 de 1995<sup>7</sup>.

Sin embargo, es notable la influencia que tuvo en el modelo panameño el desarrollo del régimen disciplinario instaurado por la Ley 9 de 1994, pues tal como señalaba el artículo 139 disponía que el servidor público iba a estar sometido al régimen disciplinario establecido en la ley y en los reglamentos internos. Así entonces, vemos estandarizado en el marco de esta regulación el concepto de superior inmediato, quien tendrá facultad disciplinaria, para la imposición de las sanciones de amonestación y suspensión, determinándose que la destitución sería aplicada por la autoridad nominadora.

Es indiscutible el gran aporte de esta ley; sin embargo, también lo es que en gran medida castró la posibilidad de ejercer el control externo disciplinario por parte del Ministerio Público.

Aunque la Ley 38 de 2000, en su artículo 6, numerales 1, 2 y 6, desarrolla atribuciones específicas de la Procuraduría de la Administración —como servir de consejera jurídica de los servidores públicos administrativos, así como coordinar el servicio de asesoría jurídica de la Administración Pública, y por ende, el ya mencionado ejercicio de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos—, sin el desarrollo de un mecanismo autónomo propio de esta institución para cumplir con dicha atribución, la condenó a llevar a cabo el ejercicio de una investigación preliminar en la mayoría de los casos, pues el ejercicio de una investigación en propiedad está reservado solo para aquellos que según el régimen disciplinario aplicable pueden ejercer la facultad de investigación e imposición de la respectiva sanción disciplinaria; de lo contrario, podríamos caer en una clara violación del principio *Non bis in ídem*, derivado del principio de legalidad, es decir, nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho.

---

7 Ídem.



#### IV. FORMAS DE ACTIVACIÓN DEL EJERCICIO DE VIGILANCIA

A partir de 2015 la Procuraduría de la Administración se dio a la tarea de rescatar y ejercer esta atribución tanto constitucional como legal, firmemente convencida de la enorme importancia de que un ente externo a las distintas instituciones públicas vele por el cumplimiento funcional de las mismas, y que efectivamente a lo interno de ellas, fuera de aquellos casos de competencias especiales, se cumpla con la responsabilidad de ejercer la potestad disciplinaria con el único propósito de tutelar el buen funcionamiento de la administración pública. Sin embargo, esto no quiere decir que no sea consciente de los obstáculos que impone el actual marco regulatorio, elementos que ya han sido destacados en líneas anteriores.

Actualmente, las quejas y denuncias que se reciben en materia de vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos se tramitan bajo el procedimiento que se encuentra regulado en la Ley 38 de 2000, específicamente en sus artículos 84 y ss. Sin embargo, este tipo de procedimiento —que especialmente se encuentra dirigido a tramitar denuncias y quejas encaminadas a tutelar la falta de respuesta por parte de los servidores públicos a los usuarios del sistema en un término específico— presenta grandes limitaciones cuando nos encontramos frente a otro tipo de hechos que pueden constituir falta disciplinaria.

Cuando la Procuraduría de la Administración recibe una queja o denuncia analiza los hechos y a su vez determina si la entidad ya tiene conocimiento del mismo para efectos del término de prescripción, lo que va a depender en gran medida del tipo de ley aplicable. En la mayoría de los casos los hechos que se nos presentan son muy ambiguos y a simple vista no nos permite determinar si en efecto estamos o no frente a una falta disciplinaria y quiénes son los sujetos generadores de esta conducta, por lo que en la mayoría de los casos es indispensable llevar a cabo una investigación preliminar que permita esclarecer los hechos presentados.

Aunque la investigación preliminar no se encuentra expresamente regulada en nuestro procedimiento administrativo general, como parte de la tramitación de las quejas, consultas y peticiones, lo cierto es que el mismo constituye un desarrollo de los principios del debido proceso legal y de economía, ambos contemplados en el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, como parte de las actuaciones administrativas. Es decir, sería absurdo generar una resolución de mérito señalándole la necesidad de la apertura de una investigación disciplinaria a partir de elementos sumamente incipientes y sin la certeza de la concurrencia de los mismos.

En otras palabras, la investigación preliminar constituye una facultad potestativa del ente competente, en este caso de quien lleva a cabo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos, cuyo ejercicio se infiere de nuestro propio marco regulatorio. Por lo tanto, es una etapa que no debe considerarse como parte del procedimiento administrativo disciplinario, y que trae como consecuencia un ejercicio de medida en cuanto al ejercicio de la potestad discipli-

naría<sup>8</sup>. Sin embargo, es importante tener presente que en el caso de aquellos marcos regulatorios cuyo periodo de prescripción de la acción disciplinaria empieza a correr desde la generación del hecho que puede constituir falta disciplinaria, el ejercicio de la investigación preliminar no interrumpe la misma y, por lo tanto, debemos tener especial cuidado con los tiempos en los cuales se agota este ejercicio.

La poca exigencia que impone el artículo 74 de la Ley 38 de 2000 nos lleva necesariamente a recibir todas las quejas. En el transcurso de estos años hemos ido educando progresivamente al usuario del sistema, a fin de que distinga la queja o denuncia disciplinaria de otro tipo de responsabilidad, y que pueda en la medida de lo posible ir individualizando los hechos que realmente pueden llegar a constituir una falta administrativa. De igual manera, este ejercicio también se efectúa de forma oficiosa.


Hoy en día la Procuraduría de la Administración cuenta con dos secretarías que desarrollan esta función, la Secretaría de Consultas y Asesoría Legal y la Secretaría de Asuntos Municipales. Así también, la llevan a cabo las secretarías provinciales a nivel nacional. Sin embargo, pese a que manejamos un importante volumen de quejas, la carencia de un procedimiento más acorde con el ejercicio de vigilancia que lleva a cabo esta institución ha influido sobremanera en las cifras que hoy manejamos: desde 2018 hasta 2019 alrededor de un 65 a 71 % de las quejas tramitadas por estas oficinas no arrojan mayores elementos, y por lo tanto se ordena el cierre de los mismos, sin la recomendación de apertura de una investigación. Realmente, las resoluciones de mérito que en efecto tienen una solicitud a la autoridad nominadora frente a la necesidad de la apertura de una investigación en propiedad oscilan en el orden del 22%.

## V. BASE JURISPRUDENCIAL

Durante estos años se han generado importantes fallos por parte del Pleno como de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que reconoce la importancia del ejercicio de la vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos por parte de la Procuraduría de la Administración. De entre ellos podemos destacar el siguiente extracto:

De la lectura de la nota remitida por el Procurador de la Administración se aprecia claramente que, dentro de las funciones de fiscalización y vigilancia de conducta oficial de los servidores públicos, así como de la defensa de los intereses del Estado, solicita que se le mantenga informado de las acciones de dicha autoridad, y de los resultados de las investigaciones que ella misma anunció realizaría con relación a una situación de divulgación de información en redes sociales, con las cuales el director manifestó su desacuerdo con el hecho de revelar documentos, cuya información debe ser manejada de manera confidencial.

8 Jinesta Lobo, Ernesto. *La investigación Preliminar en el Procedimiento Administrativo*. Recuperado en: [https://nanopdf.com/download/la-investigacion-preliminar-en-el-procedimiento-administrativo\\_pdf](https://nanopdf.com/download/la-investigacion-preliminar-en-el-procedimiento-administrativo_pdf)



En relación a esto, es preciso recordar que de acuerdo a la Ley 38 de 31 de julio de 2000, la Procuraduría de la Administración le corresponde servir de asesora y consejera jurídica de los servidores públicos, promover y defender el estado de derecho y los intereses nacionales y municipales, fiscalizar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las sentencias judiciales y disposiciones administrativas, vigilar la conducta oficial de los servidores públicos, entre muchas otras funciones

(Demanda Contenciosa Administrativa de Interpretación Prejudicial, interpuesta por el licenciado Ángel Álvarez, actuando en nombre y representación del Director General de la Autoridad del Tránsito, a fin de que la sala se pronuncie sobre el alcance de la Nota N° DS-162-18 del 31 de julio de 2018, emitida por el Procurador de la Administración, Resolución del 25 de septiembre de 2018).

## **VI. ASPECTOS DEL SISTEMA DE VIGILANCIA EXTERNA QUE DEBEN SER REFORZADOS**

El análisis llevado a cabo hasta este momento nos lleva necesariamente a concluir que el ejercicio de vigilancia de la conducta oficial de los servidores públicos en manos de la Procuraduría de la Administración debe ser reforzado.

Desde una visión crítica debemos señalar que es necesario que se introduzca una modificación a nuestra Ley Orgánica que permita llevar a cabo un ejercicio de investigación preliminar más completo. Así también, es eminente la necesidad de introducir presupuestos legales dentro del marco regulatorio, que a su vez den lugar a poder diferenciar, de forma sencilla, la queja disciplinaria de otro tipo de quejas, donde se identifique también los requisitos y la información mínimos que deben ser aportados por el usuario del sistema, así como deben contemplarse términos más amplios dependiendo del tipo y de la complejidad de la falta objeto de la investigación. Aunado a ello es fundamental modificar nuestro actual régimen disciplinario, a fin de contemplar el ejercicio de la potestad disciplinaria fuera de las instituciones, como un estándar y no dependiendo de ciertas competencias especiales, posibilitando que estas investigaciones se lleven a cabo en propiedad por la Procuraduría de la Administración, visto como el ente encargado de vigilar la conducta oficial de los servidores públicos, ya sea finalmente sancionando o determinando que dichas investigaciones sean de conocimiento de un Tribunal Administrativo o Judicial, el cual bajo este supuesto deberá procesar al disciplinado.

Somos conscientes que tenemos una discusión compleja por delante, pero es necesario plantearse la necesidad de fortalecer el sistema disciplinario en nuestro país, ya que del mismo depende precisamente el rescate de la institucionalidad y los valores dentro del sistema de administración pública. Podemos llevar a cabo reformas importantes que involucren tanto el sistema de carrera como al régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos, pero si no diseñamos un mecanismo que nos permita realmente oxigenar al sistema probablemente nunca nos demos la oportunidad como panameños de conocer instituciones sólidas construidas a partir de un verdadero sistema de mérito.

## BIBLIOGRAFÍA

Isaza Serrano, Carlos Mario (2009). *Teoría General del Derecho Disciplinario*. Editorial Temis.

Jinesta Lobo, Ernesto (2018). *La investigación Preliminar en el Procedimiento Administrativo*. [https://nanopdf.com/download/la-investigacion-preliminar-en-el-procedimiento-administrativo\\_pdf](https://nanopdf.com/download/la-investigacion-preliminar-en-el-procedimiento-administrativo_pdf)

# **2** | **Sección Procuradores Públicos del Sector Ejecutivo**

# Problemática respecto a la tipificación del delito de organización criminal y la pertenencia a una organización criminal y posibles pagos de indemnizaciones por posibles errores judiciales por parte del Estado

**CARLOS ENRIQUE COSAVALENTE CHAMORRO**

Procurador Público de la Presidencia de Consejo de Ministros

**E**xiste una preocupación por el incremento de demandas contra el Estado por presuntos errores judiciales, demandas que devienen de presuntas detenciones arbitrarias o imputaciones erradas que han llevado a proceso a diversas personas que luego son absueltas. Esto como derivado de las actuaciones de investigación realizadas por el personal policial con intervención de los representantes del Ministerio Público, siendo el caso que, conforme a lo establecido en la Ley N°24973, se les viene habilitando el hecho de recurrir a la vía civil a solicitar que el Estado las indemnice por sus detenciones arbitrarias y los errores judiciales de los cuales han sido víctimas, siendo el Estado llamado a cubrir dichas indemnizaciones, representado en muchas veces por el Despacho Presidencial o la Presidencia del Consejo de Ministros, llegándose a excluir de dichos procesos al Ministerio del Interior, Ministerio Público y Poder Judicial, que en términos generales son los causantes de dichas acciones que perjudican la libertad de los demandantes. Es por ello que a la fecha se aprecia cotidianamente información de la captura de bandas organizadas como consecuencia del trabajo que vienen realizando las Fiscalías Especializadas en Crimen Organizado, con participación del personal policial de la DIVIAC, advirtiéndose de la misma que se pretende penalizar como parte de este delito figuras que se mencionan en la Ley 30077, la cual establece el procedimiento a seguirse en los casos de investigaciones por delito de organización criminal y la pertenencia a una organización criminal, incluyéndose en dicha investigación a personas que por su participación en sí no deberían estar inmersas en este delito, causando con ello inseguridad jurídica y posibles actos que lleven con posterioridad a que estas personas soliciten indemnizaciones al Estado por errores judiciales, hecho que nos lleva al siguiente análisis.

En el Código Penal (en adelante CP) con fecha 29 de octubre de 2016 se modificó el art. 317°, conforme a lo dispuesto por el art. 2° del Decreto Legislativo 1244, cuyo texto es el siguiente:

El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8) [...]

Se aprecia en la citada norma penal dos aspectos que resultan ser diferenciados:

Primero: define a la “organización criminal” en estricto sensu;

Segundo: tipifica el delito de “pertenencia a la organización criminal”.

## I. ELEMENTOS DE UNA “ORGANIZACIÓN CRIMINAL”

El mencionado art. 317° del CP establece una definición de “organización delictiva”, según la cual esta tiene los siguientes elementos:

### Integrantes


Una organización requiere como mínimo estar conformada por tres miembros, entre los cuales se repartan tareas o funciones. Sin embargo, es oportuno advertir que no basta esta pluralidad de miembros para encontrarnos frente a una organización criminal, pues este elemento debe ser analizado en conjunto con los otros que señala dicha norma del CP.

### Estructura

La estructura puede variar según el origen, el grado de desarrollo alcanzado, el tipo de actividades delictivas que realiza o el número de integrantes, por lo que hay organizaciones con estructuras altamente jerarquizadas, así como también estructuras flexibles que buscan adaptarse a esquemas corporativos horizontales.

Como elemento de la “organización criminal”, la “estructura”, según el I Pleno Jurisdiccional 2017, de la Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales, debe reunir a su vez los siguientes componentes:

- 1. Elemento personal:** esto es, que la organización esté integrada por tres o más personas.
- 2. Elemento temporal:** el carácter estable o permanente de la organización criminal.
- 3. Elemento teleológico:** corresponde al desarrollo futuro de un programa criminal.

- 
4. **Elemento funcional:** la designación o el reparto de roles de los integrantes de la organización criminal.
  5. **Elemento estructural:** como elemento normativo que engarza y articula todos los componentes.

De esta forma la Sala Penal Nacional establece los elementos que conforman, a su vez, el elemento “estructura” (de la “organización criminal”); pero, conforme se aprecia en el contenido total del fundamento de este análisis, el citado Acuerdo Plenario desarrolla todos los elementos que conforman la definición de “organización criminal” en estricto sensu.

### **Tareas**

La organización se forma en torno a un proyecto o una finalidad criminal, por ende, existe un compromiso de reparto de tareas y funciones. Como cualquier organización, busca cumplir los objetivos trazados, por lo que las funciones o el reparto de roles (elemento funcional) siempre responderá a la consecución del programa criminal (elemento teleológico).

### **Finalidad o proyecto criminal**

La organización requiere de cohesión del grupo en orden a la consecución de fines delictivos comunes. Dentro de la estructura orgánica los roles se distribuyen enfocados en un proyecto criminal de permanencia (que debe ser estable o duradero) de varios sujetos orientados a la ejecución de un programa criminal. Requiere también de la concertación, que es el elemento tendencial, finalista o teleológico expresado en el propósito delictivo.

### **Permanencia**

Es el “elemento temporal” que señala el Acuerdo Plenario N° I de la Sala Penal Nacional. La organización no solamente requiere de un acuerdo de voluntades, sino de una situación de permanencia o estabilidad que, precisamente, se mantiene en orden a la ejecución del programa criminal.

## **II. LA PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y SUS MODALIDADES: PROMOCIÓN, ORGANIZACIÓN, CONSTITUCIÓN E INTEGRACION**

El art. 317° del CP tipifica, además, el delito de pertenencia a una organización. El legislador peruano criminaliza las conductas que tengan relación a los verbos rectores: “promoción”, “organización”, “constitución” e “integración”.

Así, entonces, el elemento “organización criminal” —en sentido estricto y con todos los elementos que lo conforman y que ya se han descrito—, conjuntamen-



te con algunos de los elementos normativos indicados (“promoción”, “organización”, “constitución” e “integración”), tipifican el delito de “pertenencia a una organización criminal”, por lo que, atendiendo estos elementos, el delito se configura en cualquiera de las siguientes modalidades:

- **La promoción de una organización criminal:** es todo impulso o estímulo a crear una organización criminal. Atendiendo al iter criminis del delito, el legislador, en concreto, ha criminalizado un acto preparatorio con esta forma de conspiración, sancionándolo dentro de esta modalidad delictiva, por lo que el indicado impulso o estímulo debe objetivarse, en tanto no se sanciona la fase interna del delito.

Se trata de una conducta ubicable en el espacio-tiempo, antes de las conductas de “integración” o “constitución”.

- **La constitución de una organización criminal:** alude a la formación, creación o instauración de la organización criminal, al nacimiento formal de la estructura criminal de la organización. Manifiesta el acto fundacional en el que se definen la composición funcional, los objetivos, las estrategias de desarrollo, la forma de operar, y las acciones inmediatas y futuras de la organización.

Para Zúñiga Rodríguez la “promoción” y la “constitución” son conductas que pueden considerarse de integración inicial, es decir, que estamos ante los miembros fundadores de una organización criminal.

- **La organización de una organización criminal:** comprende todo acto de ejecución del diseño y la estructura, funcional y operativa, de la organización. Quien organiza construye, pone en operación el organigrama y dota a la organización de un orden para su funcionamiento.
- **La integración a una organización criminal:** la integración significa ser miembro de la organización, implica toda conducta destinada a formar parte de una organización criminal. Los integrantes o miembros de una organización criminal conocen y comparten el objetivo de la organización y contribuyen a su mantenimiento, formando parte de su estructura a través del desempeño de alguna función o algún cargo.

Sobre esta modalidad delictiva, es necesario referirnos, además de su tipicidad objetiva, a algunos aspectos que han generado ciertos errores que atentan contra el principio de legalidad y que se han verificado en ciertas decisiones fiscales. A continuación desarrollaremos cada una de ellas:

### **La “integración” y “la organización criminal”: elementos objetivos de la modalidad delictiva “integración a una organización criminal”**

Como se ha indicado en el párrafo precedente, en concreto, la tipicidad objetiva de la modalidad delictiva “integración a una organización criminal”, además del elemento (normativo) “integración”, también comprende los elementos de la “organización criminal” en sentido estricto: “funcional” (tareas, actividades), “teleológico” (finalidad o proyecto criminal), “temporal” (permanencia) y “estructural” (estructura).

Al respecto, Zúñiga Rodríguez lo reitera cuando señala:

El integrante es quien en conciencia y voluntad forma parte de la finalidad criminal de la organización, llevando a cabo parte de las actividades criminales, según el reparto de tareas. Integración y participación en organización criminal son categorías similares que se refieren a conductas nucleares dentro de la estructura criminal.

De igual forma, Militello señala:

Pertenece a una organización delictiva aquel que aporte una contribución no ocasional a la comisión de los delitos objeto de las actividades de la organización, o al mantenimiento de sus estructuras operativas, cuando sea consciente de que de este modo está fortaleciendo la capacidad delictiva de la organización; es decir, de que hace que el cumplimiento del programa delictivo sea más probable o más rápido, o de que incrementa el grado de su realización.

Por su parte, Méndez Rodríguez señala:

La pertenencia a la organización según STS 544/2011, de 7 de junio, “implica una relación caracterizada no sólo por la presencia de elementos jerárquicos, sino también por otros aspectos más relacionados con la estabilidad o permanencia o con la vocación de participación en otros hechos futuros del mismo grupo, o, al menos, la disponibilidad para ello”, distinguiendo así la aplicación de este supuesto de la mera codeincuencia que requiere también de la contribución de varias personas coordinadas para la obtención del mismo fin, pero que se presenta en operaciones aisladas aunque pueda ir unida a una cierta complejidad en la preparación y ejecución de la operación delictiva.

### **La atipicidad de la “colaboración” a una organización criminal**

El art. 2º de la Ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado, introdujo algunos criterios y conceptos “operativos”, referidos, como era obvio, al crimen organizado, los cuales han conllevado a que algunos operadores jurídicos —fiscales y jueces— erróneamente y en contravención al principio de legalidad, califiquen y por ende “criminalicen” determinadas conductas de “colaboración” a una organización, o de “vinculación temporal”, o “actuación por encargo” a una organización, al extremo falaz de incluir a personas como “colaboradoras” y/o “vinculadas temporalmente o por encargo” dentro del elemento “estructural” de una “organización criminal” que, como lo ha establecido la Sala Penal Nacional, es el elemento que engarza y articula todos los demás componentes.

Sobre la “colaboración” a una organización delictiva, a nivel de la doctrina ya se había descartado que pueda ser calificada como delito de “integración a una organización criminal”. Así, Méndez Rodríguez señala:

Hay que distinguir a los miembros, de los colaboradores o cooperadores que no forman parte de la organización, aunque puedan realizar incluso aportes que son necesarios para su mantenimiento, como asesorar, proporcionar información o rea-

lizar tareas específicas. Se trata de personas externas pero próximas al entorno de la organización que pueden provenir del mundo profesional, político o empresarial.

También la jurisprudencia entiende que la pertenencia a la organización excluye la simple colaboración esporádica (STS 486/2009, de 8 de mayo, SAN 8/2012, de 17 de febrero) aunque sea más o menos repetida, o el mantenimiento de relaciones con aquélla [...]. Es decir, el hecho de que se participe en un delito cometido en el seno de una organización, no convierte al partícipe en miembro de la misma, si sólo colabora puntualmente, sin vocación de integración más o menos permanente en el grupo organizado (STS 356/2009, de 7 de abril). La nota, pues, que según la jurisprudencia identificaría la pertenencia y permitiría deslindarla de la coparticipación sería la "integración" en la organización (aunque fuese para una operación concreta), esto es, el hecho de ser miembro (permanente o temporal de la misma), próximas al entorno de la organización que pueden provenir del mundo profesional, político o empresarial.

Asimismo, Militello señala: "Pertenece a una organización delictiva aquel que aporte una contribución no ocasional a la comisión de los delitos objeto de las actividades de la organización, o al mantenimiento de sus estructuras operativas".

Por nuestro lado la doctrina nacional, por intermedio de Zúñiga Rodríguez, cuando analiza lo señalado en el art. 2.2 de la Ley N° 30077, señala que "hay una serie de conductas favorecedoras a la organización criminal que no pueden ser consideradas ni de pertenencia a la organización criminal, ni puede dar lugar a la organización criminal".

Esta tendencia jurisprudencial y doctrinaria, ha sido recogida y consolidada por la Corte Suprema de Justicia de la República, que cuando analiza el art. 2° de la citada Ley N° 30077 —que precisamente "menciona" a los colaboradores o quienes actúan por encargo, ya sea temporal, ocasional o aislada— establece que estas conductas no están tipificadas como delito de "integración a una organización", que sanciona el art. 317° del CP. Incluso la máxima instancia jurisdiccional ha establecido que el tipo penal contenido y descrito en el indicado artículo no es un tipo penal en blanco.

El Acuerdo Plenario N°8-2019/CIJ-116 de la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido:

Y finalmente, también se identifica en el artículo 2 de la Ley 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, una noción legal dirigida a caracterizar los componentes normativos que sirven para identificar la existencia de una organización criminal, destacando la necesidad de que ella esté compuesta por "tres o más personas". Cabe precisar que se trata estrictamente de un concepto operativo, que no desarrolla un tipo penal, ni integra o limita el tipo penal del artículo 317 del Código Penal —este último no es una ley penal en blanco—. Es más la función de la Ley 30077 es (i) delimitar la competencia objetiva de una jurisdicción especializada (Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios) y (ii) establecer un régimen procesal especial para la investigación y juzgamiento de organizaciones criminales que cometan los delitos a los que alude el artículo 3 de la citada Ley. De igual forma, se instituye solo para tales punibles,

algunas consecuencias jurídicas, también especiales, que se consignan en los artículos 22 y 23 de esta ley.

Así también, en el Acuerdo Plenario N°10-2019/CIJ-116, la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado:

Es de tener en cuenta, por lo demás, que el artículo 2 de la Ley solo introdujo un criterio operativo para definir el ámbito objetivo o los alcances del proceso con especialidades procedimentales en materia de crimen organizado a los efectos de la aplicación de sus preceptos. El citado artículo 2 de la Ley no se erige, por tanto, en un tipo penal, sino consagra la institucionalización de un verdadero proceso con especialidades procedimentales.

El nombrado artículo 2, en su inciso 2, definió el conjunto de individuos a los que se aplica las disposiciones que contiene.

### **La atipicidad de la “vinculación” a una organización criminal**

Similar a lo que sucedió con la “colaboración”, el citado art. 2° de la Ley N° 30077 puede verificar —en la praxis, igualmente— el error en calificar determinadas conductas de “vinculación”, “vinculación temporal” o “actuación por encargo” a una organización, dentro del tipo penal del art. 317° del CP: “integración a una organización criminal”.

A este respecto, es la doctrina la que nos vuelve a señalar que estas conductas son atípicas y no son sancionadas dentro del tipo penal del art. 317° del CP. En este sentido, Zúñiga Rodríguez incluso advierte de esta “desafortunada” fórmula legal que contiene el art. 2° de la Ley 30077, pues está conllevando a vulnerar el principio de legalidad. En ese sentido, señala:

Las fórmulas “personas vinculadas” o que “actúan por encargo”, del art. 2.2 de la Ley N.° 30077 son bastantes desafortunadas, porque no son miembros de la organización, ni a priori son colaboradores con la actividad de la organización. Por ejemplo, la esposa de un capo de una organización criminal es persona vinculada, pero no necesariamente su comportamiento es punible, salvo que colabore con él para esconder los bienes ilícitamente obtenidos, por ejemplo, en cuyo caso podría ser encubridora o, incluso, cometer un delito de blanqueo de bienes. Ahora bien, en principio las personas vinculadas a una organización no son miembros de la misma ni comparten el plan criminal común, es decir, están fuera de la organización, por eso, solo están vinculadas.

Como ya se indicó, la Corte Suprema de Justicia de la República, al analizar tanto en el Acuerdo Plenario N° 8-2019/CIJ-116 como en el Acuerdo Plenario N° 10-2019/CIJ-116 el art. 2° de la Ley 30077 (que recoge los términos “personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada”), ha descartado la tipicidad de estas conductas dentro del delito de “integración a organización criminal”.

## La atipicidad de “la actuación por encargo” a favor de una organización delictiva

Zúñiga Rodríguez complementa el análisis del art. 2° de la Ley 30077 (que, como se indicó, recoge los términos: “personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada”) indicando:

Las fórmulas “personas vinculadas” o que “actúan por encargo”, del art. 2.2 de la Ley N° 30077 son bastantes desafortunadas, porque no son miembros de la organización, ni a priori son colaboradores con la actividad de la organización [...]. Ahora bien, en principio las personas vinculadas a una organización no son miembros de la misma ni comparten el plan criminal común, es decir, están fuera de la organización, por eso, solo están vinculadas. Igualmente, están fuera de la organización los que actúan “por encargo” de una organización criminal. Entiéndase quien son personas ajenas a la organización que son remuneradas o no (en la mayoría de los casos, lo son, pero podrían actuar por una motivación altruista o emocional, como persona enamorada) para realizar una actividad puntual en favor de las actividades de la organización.

Igualmente, Méndez Rodríguez señala:

Hay que distinguir a los miembros, de los colaboradores o cooperadores que no forman parte de la organización, aunque puedan realizar incluso aportes que son necesarios para su mantenimiento, como asesorar, proporcionar información o realizar tareas específicas. Se trata de personas externas pero próximas al entorno de la organización que pueden provenir del mundo profesional, político o empresarial. También la jurisprudencia entiende que la integración a la organización excluye la simple colaboración esporádica (STS 486/2009, de 8 de mayo, SAN 8/2012, de 17 de febrero) aunque sea más o menos repetida, o el mantenimiento de relaciones con aquélla [...]. Es decir, el hecho de que se participe en un delito cometido en el seno de una organización, no convierte al partícipe en miembro de la misma, si sólo colabora puntualmente, sin vocación de integración más o menos permanente en el grupo organizado (STS 356/2009, de 7 de abril).

A manera de **CONCLUSIÓN** podemos decir que los errores cometidos al calificar como miembros de una organización delictiva a aquellos “colaboradores” de una organización, o a aquellos que hayan tenido “vinculación temporal” o hayan realizado “actuaciones por encargo”, lleva a que dichas personas puedan sentirse afectadas por tales errores judiciales. Al haberse planteado jurisprudencialmente la distinción clara según la cual no serían integrantes de una organización delictiva, serían absueltas y posteriormente plantearían sus demandas de indemnización, conforme a lo señalado en la Ley N° 24973. Es por ello que resulta de vital importancia que los operadores de justicia tengan bien en claro en qué consiste la comisión del delito de “organización criminal” y “la pertenencia a una organización criminal”, a fin de que encuadren adecuadamente a la figura delictiva correcta las conductas desarrolladas por los colaboradores, o las de aquellos que hayan tenido una vinculación temporal o hayan realizado su actuación por encargo, con lo que se evitaría que el Estado sea demandado y pague indemnizaciones que perjudican a los fondos públicos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Méndez Rodríguez, Cristina (2014). Los delitos de pertenencia a organización criminal y a un grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial. *Estudios Penales y Criminológicos*, 34, 511-560.
- Militello, Vincenzo (2004). La Pertenencia a una Organización Criminal modelo europeo. *Revista Persona y Derecho*, (51), 283-314.
- Páucar Chappa, Marcial Eloy (2016). *El Delito de Organización Criminal*. Ideas Solución Editorial.
- Prado Saldarriaga, Victor R. (2006). *Criminalidad Organizada*. IDEMSA.
- Reátegui Sánchez, James (2015). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial: Delitos contra la vida, contra el patrimonio y otros*. Instituto Pacífico.
- San Martín Castro, César (2015). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2016). *Ley contra el Crimen Organizado (Ley N°30077), Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal*. Instituto Pacífico.

# La ejecución de sentencia en casos de vulneración del derecho de propiedad y el respeto a la finalidad restitutoria del proceso de amparo

**KATTY AQUIZE CÁCERES**

Procuradora Pública del Ministerio de Agricultura y Riego

**E**n los últimos años el Estado ha sido pasible de requerimientos de cumplimiento de sentencia por parte de algunos órganos jurisdiccionales, derivados de procesos de amparo en los cuales se ordenó la restitución de un derecho fundamental violado; sin embargo, se advierte que existe una distorsión por parte de algunos jueces en la ejecución de las sentencias, lo que hace que se desnaturalice la finalidad de este tipo de procesos constitucionales.

Con especial énfasis se tratará aquellas distorsiones de sentencias en las cuales se ha ordenado el inicio de procedimiento expropiatorio para el pago de indemnización justipreciada como solución excepcional de tutela en supuestos de violación del derecho a la propiedad, ello ante la imposibilidad de devolver la propiedad (restitución).

## I. NATURALEZA DEL PROCESO DE AMPARO

Una de las características esenciales del proceso constitucional de amparo es, sin duda alguna, su carácter de tutela urgente. Por ello mismo, su finalidad es eminentemente restitutoria; ergo, la reposición del derecho fundamental violado o amenazado<sup>1</sup> a la situación anterior.

El numeral 2 del artículo 200° de la Constitución Política del Estado, en cuanto a la garantía constitucional del amparo, establece que: "Son garantías constitucionales: (...) 2. *La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por*

---

<sup>1</sup> Hacemos referencia en esta oportunidad solo a la violación de derecho constitucional.

*parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos en la constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente<sup>2</sup>.*

A su vez, el artículo 1º de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, establece —centrándonos puntualmente en los procesos de amparo— que su finalidad es proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

A nivel del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Trujillo Oroza, ha señalado respecto de la plena restitución o *restitutio in integrum* lo siguiente:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados<sup>3</sup>.

Vale decir, la tesis de la reparación implica que una sentencia, ante todo, debe propender al restablecimiento integral del derecho conculcado. Evidentemente, cuando tal restitución resulte materialmente imposible, emerge como solución de tutela la indemnización u otras formas de reparación de carácter económico o no.

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional —Ley N° 28237— el proceso de amparo se constituyó como una garantía constitucional cuyo propósito consiste en el restablecimiento al afectado de los derechos constitucionales frente a actos de amenaza o violación, culminando así la controversia constitucional. Vale decir, la legislación vigente ha adoptado el “carácter eminentemente restitutorio” de dicho proceso constitucional, dejando de lado el esquema restitutivo resarcitorio acogido en el artículo 11º de la derogada Ley N° 25306.

El Tribunal Constitucional ha establecido una línea jurisprudencial uniforme y consolidada en cuanto al “teleos” restitutorio del proceso constitucional de amparo. Así, por ejemplo, en el fundamento quinto de la sentencia emitida en el Expediente N° 00502-2012-PA-TC, ha precisado:

(...)

5. Que en consecuencia, la pretensión del actor —esto es, que se culmine su trámite de expedición de licencia de conducir de la categoría A III C— no es susceptible de ser dilucidada y atendida en el marco de un proceso de amparo en la medida que el objeto de este es restituir derechos fundamentales conculcados o, en su

2 Se refiere al inciso 3. del art. 200º de la Constitución Política del Estado, sobre la garantía constitucional de la acción de Hábeas Data. Las cursivas son mías.

3 Caso Trujillo Oroza vs Bolivia-reparaciones, párrafo 61.



defecto, poner punto final a eventuales amenazas de los mismos, no teniendo carácter constitutivo, que es lo que en buena cuenta pretende el actor al solicitar que, como consecuencia de un pronunciamiento estimatorio, se le otorgue una licencia de conducir que nunca ostentó.

Hechas las anteriores precisiones en cuanto a la naturaleza del proceso de amparo, corresponde hacer énfasis en lo concerniente a la defectuosa ejecución de una sentencia en la que no se haya ordenado propiamente la restitución de un derecho fundamental violado sino, más bien, habilitar una vía procedimental con la finalidad de que se haga efectivo el pago de un monto resarcitorio. Es precisamente este último escenario lo que ha propiciado ciertas distorsiones por parte de los órganos jurisdiccionales en la ejecución de sentencia, convirtiendo, en la práctica, al proceso constitucional de amparo —de carácter extraordinario, sumario y restitutorio— en uno de naturaleza ordinaria al forzar que en aquella se analice aspectos de naturaleza meramente resarcitoria.

Esta distorsión afecta nítidamente el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva que tienen las partes en etapa de ejecución de sentencia, siendo justamente con aquella que debería quedar pacificado el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica. Sin embargo, con la ejecución defectuosa de la sentencia se desvirtúa la finalidad misma del proceso de amparo, situación que lo único que ocasiona es que se vulnere el derecho a que se ejecuten los fallos en sus propios términos, al introducir incidencias que los rebasan.

A propósito de lo anterior, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en el numeral 1 del artículo 8º recoge el derecho fundamental que tienen las partes a las garantías judiciales al señalar que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecidas con anterioridad por la ley (...)”.

Por su parte, en nuestra Constitución Política del Estado, en el artículo 139º numeral 3, prescribe: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional. (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (...)”. En concordancia, el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos e intereses, con sujeción a un debido proceso”.

Como se puede apreciar, las garantías jurisdiccionales son inherentes a toda persona natural o jurídica y son consagradas como derechos fundamentales por el sistema jurídico interamericano de protección de derechos humanos, siendo, por tanto, imperativo para los Estados partes.

Sobre este punto, la Corte Interamericana ha señalado:

Esta obligación implica el deber de los estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar públicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. [...] La obligación de garantizar [...] no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a

hacer posible el cumplimiento ino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos<sup>4</sup>.

Bajo tal contexto, el derecho a la tutela procesal efectiva se concreta con la debida ejecución de una sentencia, teniendo en cuenta el respeto a los términos en los cuales fue expedida.

Para hablar de una ejecución defectuosa de sentencia partimos del hecho de que existe un mandato judicial que no coincide con los términos del *decisum* y su *ratio decidendi*, a pesar de que aquello forma parte de las garantías jurisdiccionales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

## II. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN SUS PROPIOS TÉRMINOS

Respecto del concepto de ejecución de sentencia en sus propios términos, nuestra Constitución Política del Estado en el artículo 139º numeral 2, prescribe:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

Dicha disposición constitucional es recogida por el artículo 4º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala:

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

En el quehacer profesional se puede apreciar que, a pesar de existir preceptos normativos y constitucionales sobre el respeto de los fallos judiciales en sus propios términos dentro del marco de la tutela jurisdiccional efectiva, muchos jueces, en

<sup>4</sup> CIDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 166 y 167.

determinados procesos de amparo en los que se ha ordenado la restitución de un derecho fundamental, trastocan el contenido de la sentencia distorsionando así la naturaleza misma de tal proceso que, como se ha referido anteriormente, es de carácter eminentemente restitutorio por disposición de la legislación vigente.

En esa línea, el Tribunal Constitucional en los fundamentos 2, 3 y 4 de la sentencia emitida en el Expediente N° 01182-2010-PA/TC, ha sido enfático en cuanto a la consagración de tal precepto constitucional al señalar lo siguiente:

(...)

2. Este Colegiado ha considerado que mediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que haya puesto fin al proceso judicial no pueden ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque han transcurrido el plazo para impugnar, y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (fundamentos 36 al 45 de la STC N° 4587-2004-AA).

3. En efecto, cuando se señala que un pronunciamiento adquiere la calidad de cosa juzgada, quiere decir que éste debe ser ejecutado en sus propios términos, y no puede ser dejado sin efecto ni tampoco ser objeto de alteraciones o modificaciones posteriores por parte de particulares, funcionarios públicos e incluso jueces encargados de su ejecución.

4. Este Tribunal además ha precisado que la cosa juzgada proscribiera que las autoridades distorsionen el contenido o realicen una interpretación parcializada de las resoluciones judiciales que hayan adquirido tal cualidad. Cualquier práctica en ese sentido debe ser sancionada ejemplarmente, recayendo la sanción respectiva no sólo respecto de la institución de la que emana la decisión sino también respecto de los que actúan en su representación (fundamentos 14 y 15, STC N° 0054-2004-AI).

En ese sentido, debe enfatizarse que el órgano judicial en estos casos de restitución de derechos contenido en una sentencia debe ser eminentemente objetivo, siendo que está estrictamente ligado al marco normativo antes descrito con la finalidad de que sus fallos sean previsibles, dejando de lado las interpretaciones sobre sus alcances. Lo contrario implica una vulneración directa, en esencia, contra el principio de seguridad jurídica que debe primar en todo ordenamiento jurídico. Como señala Luigi Ferrajoli:

Según la orientación dominante, la actividad del juez en tanto actividad de un órgano autónomo e independiente, institucionalmente sometido a la fiel aplicación de la ley, es una actividad técnica que, por definición, no debe tener nada de política. La apoliticidad es empleada como sinónimo de imparcialidad e independencia del juez y, por tanto, fundamental principio de su deontología profesional<sup>5</sup>.

---

5 Ferrajoli, Luigi (1973). Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria. En *L'uso alternativo del diritto*, 1. 105.

### III. DISTORSIONES EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA A PROPÓSITO DEL TEMA PLANTEADO

Como señalamos en nuestra parte introductoria, el tema bajo análisis nace a propósito de cómo los órganos jurisdiccionales han venido distorsionando sentencias cuyos mandatos fueron el inicio de procedimiento de expropiación para el pago de indemnización justipreciada dada la imposibilidad de devolver la propiedad (restitución). La anterior solución de tutela —es decir, el inicio del procedimiento de expropiación para el pago del monto indemnizatorio— ha venido siendo tergiversada por los jueces en el sentido que conciben dicha fórmula como una tutela resarcitoria pese a que los términos de la sentencia no dan cabida a tal interpretación, como el Tribunal Constitucional lo ha precisado en su jurisprudencia.

El inicio del procedimiento expropiatorio para el abono de la indemnización justipreciada, como mecanismo de tutela excepcional, ha sido establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03569-2010-PA/TC en los siguientes términos:

En estos casos la tutela que la jurisprudencia de este Tribunal ha brindado al derecho a la propiedad privada vulnerado por un acto de confiscación, es que la propiedad confiscada por el Estado sea restituida al propietario que se le confiscó su bien; sin embargo esta solución no puede ser utilizada en todos los casos de confiscación, pues existen supuestos en los cuales el Estado ya no es propietario porque transfirió a título oneroso la propiedad confiscada a un tercero que la adquirió de buena fe.

Basándose en lo expresado supra, este Tribunal considera que cuando la propiedad privada es confiscada deben existir dos soluciones de tutela que son las siguientes:

a. Si el acto de confiscación del derecho a la propiedad privada tiene su origen en una norma con rango de ley, la sentencia estimativa, además de disponer la inaplicación de la norma autoaplicativa al caso concreto, debe ordenar la nulidad de cualquier inscripción registral a favor del Estado y que se restituya la propiedad a la persona que se le confiscó, siempre y cuando el bien inmueble confiscado siga siendo propiedad del Estado.

b. Si la propiedad confiscada por una norma con rango de ley ha sido transferida por el Estado a un tercero de buena fe y a título oneroso, la sentencia estimativa le ordenará al Estado que inicie el procedimiento de expropiación para que le abone al propietario que sufrió la confiscación una indemnización justipreciada por la propiedad confiscada, pues ordenar la restitución de la propiedad conllevaría que se le prive al tercero de buena fe y a título oneroso su derecho legítimo al uso y goce de la propiedad privada, lo cual afectaría también el principio de seguridad jurídica.

En estos casos le corresponde al juez que conoce la demanda de amparo evaluar quién es el titular de la propiedad confiscada (el Estado o un tercero de buena fe y a título oneroso), a fin de que la resuelva aplicando la solución adecuada y/o aplique el principio de *iura novit curia* cuando la solución demandada no se subsuma en los supuestos de hechos descritos supra.

Tal criterio fue instaurado ante los casos de la imposibilidad de devolución del derecho de propiedad al haber sido este objeto de transferencias a terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso, a fin de evitar que se deje en un estado de violación latente un derecho consagrado en el artículo 21° de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aplicable a la jurisdicción nacional por el “principio de responsabilidad interna de los países”.

No obstante, a pesar de la solución planteada por el máximo intérprete de la Constitución, en el ámbito jurisdiccional ordinario, los jueces en ejecución de sentencia introducen aspectos que solo pueden ser debatidos y analizados dentro de la esfera del procedimiento expropiatorio que —insistimos— es de índole resarcitorio. Aquello no solo rebasa lo ordenado en la sentencia con calidad de cosa juzgada, sino que termina por convertir un proceso meramente de restitución de derechos fundamentales en uno resarcitorio de derechos patrimoniales, propiciando que se aborde de manera sumaria y precipitada aspectos de alta especialización en materia de tasaciones comerciales.

Frente a dicha anomalía procesal, dicho órgano constitucional dejó sentado en la ejecutoria contenida en el Expediente N° 07723-2013-PA/TC<sup>6,7</sup>, lo siguiente:

En tercer lugar, la determinación de la tasación a emplear a efectos de determinar el monto de la indemnización justipreciada como consecuencia de una expropiación no es materia que corresponda ser tratada por la vía constitucional por cuanto, conforme ha sido reiterado en repetidas oportunidades por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la vía del proceso constitucional de amparo no es de naturaleza resarcitoria sino restitutoria, en cuanto tiene por finalidad reponer el estado de cosas anterior a la vulneración del derecho invocado antes que a reparar el daño generado por la vulneración mediante el pago de montos pecuniarios.

Consideramos acertado el criterio anterior, por cuanto el alto tribunal procura preservar la naturaleza del proceso constitucional de amparo resguardando, a su vez, el derecho que tienen las partes a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos, y ponderando adecuadamente ambos derechos (tutela procesal efectiva y ejecución de resoluciones judiciales).

#### **IV. EN CONCLUSIÓN**

El criterio adoptado por el máximo intérprete de la Constitución debe ser replicado como un lineamiento general que los jueces constitucionales deben aplicar al momento de la ejecución de las sentencias dictadas en los supuestos antes desarrollados (inicio de procedimiento de expropiación), puesto que con ello se garantiza la predictibilidad de los fallos judiciales en tanto manifestación del orden público que rige dentro de un Estado de Derecho.

<sup>6</sup> El proceso judicial en el cual se emitió tal ejecutoria ha sido concluido en ejecución de sentencia.

<sup>7</sup> Auto de fecha 30 de abril de 2014.

## BIBLIOGRAFÍA

- Eguiguren Praeli, Francisco José (2005). La Finalidad Restitutiva del Proceso Constitucional de Amparo y los Alcances de sus Sentencias. *Derecho & Sociedad*, (25), 144-149. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoy-sociedad/article/download/17018/17316/>
- Ferrajoli, Luigi (1973). Magistratura democrática e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria. En *L'uso alternativo del diritto*, 1.
- Monroy Gálvez, Juan (2005). Independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. *La Constitución Comentada*, 2. Gaceta Jurídica, 489-499.
- Roel Alva, Luis Andrés (2017). Propuesta de reforma del amparo electoral: una propuesta de amparo directo ante el Tribunal Constitucional en un contexto electoral que lo exige. *El Amparo en la actualidad. Posibilidades y límites*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 581-629.
- Salmon, Elizabeth y Cristina Blanco (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IDEHPUCP. [http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho\\_al\\_debido\\_proceso\\_en\\_jurisprudencia\\_de\\_corte\\_interamericana\\_ddhh.pdf](http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf)

# Aproximación a la actualidad del arbitraje en contrataciones públicas

**CARLOS AURELIO FIGUEROA IBERICO**

Procurador Público del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social

## I. MEJORA EN RESULTADOS SOBRE ARBITRAJES EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

**E**n los arbitrajes con participación de entidades públicas producto de la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras, se suele repetir que el Estado pierde la mayoría de las controversias contra los distintos proveedores con los que mantiene vínculo contractual. Consideramos que esta creencia tiene sustento en las diversas noticias sobre corrupción, mala ejecución contractual o mala defensa del Estado, o de manera más objetiva en algunos estudios que entidades especializadas en la materia han realizado en años pasados al respecto, además de los ya comprobados procesos de corrupción que se han podido verificar a la fecha y las investigaciones que se siguen efectuando en torno a estas malas prácticas.

No obstante, de acuerdo con la reciente información proporcionada por el Consejo de Defensa Jurídica del Estado (mayo de 2019), podemos afirmar que actualmente las procuradurías públicas (a nivel ministerial) han tenido resultados muy positivos que reflejan una mejora significativa en el ejercicio de la defensa jurídica de los derechos e intereses del Estado en esta compleja e importante materia.

Por citar algunos casos de la información remitida, y tomando una muestra significativa de procuradurías que han remitido más de cuarenta arbitrajes concluidos, podemos nombrar a las procuradurías públicas del Ministerio de Agricultura y Riego, del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y del Ministerio de Educación, así como a la del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, a la cual represento<sup>1</sup>. En todas estas dependencias se ha superado la valla del 80% de efi-

---

<sup>1</sup> Ministerio de Agricultura y Riego, monto demandado S/19'637,586.42, monto ordenado: S/3'064,137.06. Efectividad: 84%. Cantidad de procesos: 49.

Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, monto demandado: S/165'474,619.22, monto ordenado: S/21'517,014.34. Efectividad: 88%. Cantidad de procesos: 243.

Ministerio de Educación, monto demandado: S/199'603,757.19, monto ordenado: S/50'868,456.98. Efectividad: 88%. Cantidad de procesos: 278.

cacia, tomando en consideración el criterio más objetivo que se podría emplear para realizar esta medición, el cuantitativo (cabe añadir que hay otros criterios cualitativos de medición), lo cual se refleja en la simple medición de montos demandados como pretensión y montos ordenados en laudos arbitrales<sup>2</sup>.

## II. RESULTADOS CUANTITATIVOS ANALIZADOS POR ENTIDADES ESPECIALIZADAS

En el ámbito del arbitraje de contratos suscritos con entidades públicas producto de la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras, existen estudios desarrollados principalmente por la Contraloría General de la República, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El estudio denominado “El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013” señala que “de la evaluación de 2,796 laudos arbitrales emitidos para el periodo 2003-2013, el Estado ha obtenido resultados desfavorables en el 70% (1,969) del total de laudos. Los resultados favorables sólo representan el 27% (758 laudos) y el 3% restante corresponde a arbitrajes concluidos bajo la forma de laudos arbitrales por conciliación u homologación de acuerdos transnacionales”<sup>3</sup>.

No obstante, de lo señalado en el numeral 5) del capítulo de conclusiones del referido estudio se infiere que los criterios empleados son de carácter cualitativo, debido a que se precisa que de los 2,796 laudos revisados se aprecia que el monto peticionado por los contratistas fue de S/ 2,307'188,236 (dos mil trescientos siete millones ciento ochenta y ocho mil doscientos treinta y seis soles), constatándose que los montos ordenados por los tribunales arbitrales a pagar a favor de los demandantes ascienden a S/ 1,128'180,981 (mil ciento veintiocho millones ciento ochenta mil novecientos ochenta y un soles), suma que representa el 48.89% de reconocimiento de pago sobre lo pretendido y lo ordenado en los procesos arbitrales. Es decir, el Estado estaría obteniendo resultados favorables, según dicho estudio, en el 51.11 % de los procesos con montos ordenados pagar, por lo que, para el ejercicio de comparación con los resultados obtenidos por los ministerios referidos en el subtítulo precedente, esta es la medición cuantitativa con la que nos compararemos.

En segundo lugar, se encuentra el estudio realizado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado denominado “La defensa jurídica del Estado en los

---

Ministerio de Transportes y Comunicaciones, monto demandado: S/541'853,395.29, monto ordenado: S/79'370,238.63. Efectividad: 87% Cantidad de procesos: 60.

- 2 El Estado actúa como demandado en la mayoría de arbitrajes, debido a que normalmente en ejecución contractual resuelve contratos, aplica penalidades y ejecuta garantías, situaciones que son impugnadas en la vía arbitral conforme a las normas vigentes sobre resolución de conflictos de este tipo.
- 3 Recuperado en: <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>



arbitrajes administrativos – desde la perspectiva de OSCE<sup>4</sup>, el mismo que presenta los resultados obtenidos durante el año 2011 según los laudos remitidos.

En este periodo se precisa que el monto controvertido fijado por las partes asciende a un total de S/ 322'311,211 (trescientos veintidós millones trescientos once mil doscientos once soles), siendo el monto de pago ordenado por los distintos tribunales arbitrales la suma de S/ 171'247,206.89 (ciento setenta y un millones doscientos cuarenta y siete mil doscientos seis y 89/100 soles), margen que representa el 53.13% de reconocimiento de pago sobre lo pretendido por los contratistas. Por consiguiente, el porcentaje favorable al Estado de acuerdo con dicho estudio es del 46.87%.

Sin perjuicio de lo expuesto, este estudio elaborado por el OSCE establece una diferenciación de entidades, encontrándose un acápite dedicado exclusivamente para los ministerios, en el que se detalla que para el año 2011 se tuvo un monto controvertido ascendente a S/15'209,483 (quince millones doscientos nueve mil cuatrocientos ochenta y tres soles) y un monto ordenado de pago por S/. 6'804,370.14 (seis millones ochocientos cuatro mil trescientos setenta y 14/100 soles), lo que representa el 44.73%, por lo que, a diferencia de la estadística global expuesta en el párrafo precedente, se advierte un porcentaje de 55.27% de éxito en las controversias conocidas por los diferentes ministerios del aparato estatal.

Por otro lado, un tercer estudio fue realizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, denominado "Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales"<sup>5</sup>, el mismo que obtuvo una muestra de 400 laudos (de un total de 2,043), cuyo monto total controvertido ascendió a la suma de S/ 170'213,027.30 (ciento setenta millones doscientos trece mil veintisiete y 30/100) y un monto ordenado a pagar de S/89'425,233.73 (ochenta y nueve millones cuatrocientos veinticinco mil doscientos treinta y tres y 73/100 soles), lo que representa un 52.53% de reconocimiento de pago a favor de los contratistas y un 47.47% de efectividad respecto de la defensa de los intereses del Estado.

En mérito a los resultados señalados por tres entidades distintas podemos verificar que en ninguno de los estudios se tiene un porcentaje de efectividad a favor del Estado que supere el 60%, situación que ha variado de acuerdo con la información facilitada recientemente por el Consejo de Defensa Jurídica del Estado (CDJE), por lo menos en la muestra de los ministerios evaluados.

Cabe precisar que estos resultados nos muestran un avance significativo de las labores que realizan las diversas procuradurías de los ministerios (por lo menos los analizados); no obstante, cabe realizar un comparativo mayor que incluya a todas las entidades públicas en un periodo considerable y concluir con las cifras sobre el avance indicado.

4 Información compartida a través de entrega directa de una presentación realizada por el OSCE.

5 Recuperado en: <http://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf>

### III. EXPERIENCIA DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MIDIS

A partir de nuestra experiencia en la Procuraduría Pública del MIDIS podemos identificar ciertas claves que han contribuido a la mejoría en los procesos arbitrales, las mismas que detallaremos a continuación:

#### **Especialización de los profesionales**

Contar con un equipo de profesionales especializados en las materias de arbitraje, contrataciones del Estado, derecho civil, derecho administrativo y demás ramas que tengan incidencia directa en los procesos arbitrales, nos viene otorgando mayor seguridad respecto del planteamiento de la posición de la entidad, así como las estrategias de defensa propuestas para cada caso concreto.

Sobre este tema se cuenta con la colaboración del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, que periódicamente viene promoviendo la difusión de distintos seminarios, talleres y cursos para actualizar de forma gratuita en esta importante materia y otras materias recurrentes a los distintos profesionales que forman parte de las procuradurías públicas.

#### **Continuidad laboral de los equipos de arbitraje**

Resulta de igual relevancia continuar por períodos prolongados con profesionales que muestren especialidad, eficiencia, compromiso y responsabilidad en sus labores, pues ello garantiza no solo el desarrollo de una defensa que permita reducir los montos a pagar, sino además mantiene un conocimiento permanente del expediente arbitral, permitiendo conocer el mismo desde su inicio (a través de una solicitud de arbitraje o un documento de inicio de acciones legales) hasta su desenlace (laudo arbitral, anulación o ejecución del mismo), perfeccionando la defensa mediante los casos similares que se vienen presentando en los diferentes niveles del Estado.

#### **Conocimiento acerca de los árbitros que resuelven las disputas con el Estado**

La conformación del tribunal arbitral constituye una etapa fundamental en el desarrollo de un proceso arbitral transparente y justo. Por lo tanto, una adecuada elección del árbitro de parte propuesto por la entidad, así como de la conformación del resto de integrantes del tribunal, resulta una tarea indispensable que debe ser ejercida con especial cuidado por las distintas procuradurías públicas.

Respecto del Tercer Pleno de Defensa Jurídica del Estado, organizado por el Consejo de Defensa Jurídica del Estado y llevado a cabo el 18 de junio del 2016, arribó en algunos acuerdos, siendo pertinente destacar en esta oportunidad el referido a la elección de árbitros.

En dicha ocasión se proponían ternas para que el titular de la entidad, o quien haya sido delegado por este, proceda a designar a su árbitro de parte. Se proponía también la posibilidad de que dicha responsabilidad se pudiera delegar en los procuradores que acrediten experiencia en los temas a tratar.

Los criterios para la designación aprobados fueron objetivos (experiencia profesional, experiencia relacionada a temas de arbitraje, especialización en los temas controvertidos, entre otros), siendo oportuno mencionar que en aquella oportunidad me encomendaron coordinar el tema denominado “criterios para designar árbitros”, respecto del cual una de las observaciones más importantes que la experiencia nos indicaba era que los árbitros que han venido resolviendo controversias relevantes con el Estado en alguna medida habían sido cuestionados. En ese sentido, tanto la significativa cantidad de certificaciones en temas concernientes a arbitrajes en contratación pública que exponía un buen grupo de profesionales (en su mayoría abogados) que ha venido resolviendo con resultados en su mayoría desfavorables para el Estado, como la cantidad de arbitrajes resueltos por estos, no garantizaban un proceso imparcial (tesis que actualmente se viene comprobando).

Consideramos en aquella oportunidad (Pleno de Procuradores) algo que a la luz de los resultados actuales corroboramos: no se debían circunscribir los criterios de selección al conocimiento en arbitraje en contratación pública y la cantidad de procesos resueltos, pues nuestra práctica nos advertía que no necesariamente estos aspectos garantizan lo más importante, esto es, la probidad como correlato a la idoneidad.

Adicionalmente, este órgano de defensa realiza acciones de control referidas a la designación de árbitros a través de informes sobre los diversos pronunciamientos que emiten los árbitros respecto de una misma materia controvertida, analizándose los distintos criterios que se adoptan sobre resolución de contratos, aplicación de penalidades, entre otros. Esto nos permite identificar a aquellos árbitros que adoptan criterios perjudiciales a los intereses del Estado, lo cual coadyuva en conformaciones de próximos tribunales arbitrales.

#### **IV. IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN COMPARTIDA DEL CDJE PARA LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS, EN TANTO ALERTA PARA LAS PROCURADORÍAS PÚBLICAS**

Como parte del III Pleno de Defensa Jurídica del Estado también se formularon las siguientes recomendaciones realizadas por nuestro grupo de trabajo, las mismas que fueron aprobadas por el Pleno de Procuradores Públicos:

Al Consejo de Defensa Jurídica del Estado, elaborar una base de datos que contenga la información relativa a los arbitrajes en los que hayan participado las Entidades Públicas (partes, tipo de arbitraje, cuantía), los árbitros designados por las

partes, las recusaciones a los árbitros y los laudos emitidos con algún comentario sobre el resultado de estos y sobre anulaciones de laudos.

Al Consejo de Defensa Jurídica del Estado, organizar cursos de capacitación especializados en materia arbitral, dirigidos a los Procuradores Públicos a nivel nacional y los abogados de las Procuradurías Públicas.

Estas dos recomendaciones se vienen implementando por el CDJE, sobre todo la referida a las capacitaciones, pues se están llevando a cabo desde hace un buen tiempo. Respecto de la base de datos, depende de las procuradurías públicas cumplir con la remisión de la información que servirá para poder sistematizar esta valiosa data que nos permita seguir mejorando en tan importante atribución de designar árbitros o recusarlos en los casos que corresponda, siempre y cuando se actúe de manera objetiva y sobre la base del cumplimiento irrestricto de las normas vigentes.

## **V. CASO: EMPRESA DENOMINADA X CONTRA EL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI WARMA Y EL COMITÉ DE COMPRA<sup>6</sup>**

El citado proceso arbitral guarda relación directa con lo señalado en el presente artículo, referido a la importancia de la información periódica que puede compartir el CDJE a fin de que las procuradurías públicas puedan contar con mayores elementos que permitan una adecuada designación de árbitros.

Sobre el particular, tenemos que el proceso arbitral en referencia fue resuelto inicialmente por el abogado que denominaremos "R", el mismo que declaró la invalidez de la resolución de contrato efectuado por el comité de compra debido principalmente a la omisión de notificar el informe de una autoridad administrativa a la empresa contratista, no obstante se había comprobado mediante dicho informe qué alimentos a ser consumidos en diversos centros de educación fueron declarados no aptos para el consumo humano.

Advirtiendo la deficiente motivación del laudo arbitral, la Procuraduría Pública del MIDIS interpuso recurso de anulación, el mismo que fue resuelto declarándose infundado.

No obstante lo señalado, de la revisión de la resolución correspondiente al proceso de anulación de laudo, podemos extraer lo señalado por la sala comercial, la misma que precisa dentro de sus fundamentos que no necesariamente coincide con el fondo de lo resuelto en el arbitraje.

---

6 Los comités de compra actúan como partes signatarias en los contratos bajo el modelo de cogestión de Qali Warma. La defensa en estos casos se hace en mérito a la figura de la parte no signataria regulada en la Ley de Arbitraje y en los instrumentos legales de Qali Warma; asimismo, la defensa de los comités de compra se realiza de manera coordinada con Qali Warma a través de su procuraduría pública, sobre la base de convenios de cooperación.

Atendiendo a la invalidez de la resolución de contrato declarada en el primer proceso arbitral, el comité de compra volvió a resolver el contrato materia de controversia, lo que derivó en un segundo proceso arbitral que fue conocido por el tribunal arbitral conformado por los abogados denominados A, B y C, los mismos que declararon fundada la pretensión formulada por la contratista referida a declarar la nulidad, invalidez o ineficacia de la nueva resolución de contrato.

Sin embargo, de la revisión del laudo emitido por el citado tribunal arbitral (incluido el árbitro de parte del contratista), admiten directamente que no comparten el criterio del árbitro único, principalmente por la falta de diligencia del contratista en no cuestionar el informe que le causaba perjuicio (informe que declaraba la no aptitud de alimentos para consumo humano) y el incumplimiento de sus obligaciones contractuales; no obstante, no podían desconocer la autoridad de la cosa juzgada del primer laudo al ya haber un pronunciamiento previo respecto de la validez de la resolución del contrato.

En mérito a lo señalado podemos advertir que la sala comercial que resolvió el recurso de anulación del primer laudo (emitido por el árbitro único denominado X) y el tribunal arbitral (tres árbitros) que se pronunció sobre el segundo proceso arbitral, precisan en sus fundamentos desavenencias en relación al criterio utilizado por el árbitro para emitir su fallo.

Sin embargo, atendiendo a las limitaciones establecidas en la legislación (condición de cosa juzgada de un laudo y el impedimento de revisión sobre fondo de las salas comerciales, independientemente que compartan o no los criterios esbozados por los árbitros), el laudo arbitral a la fecha se encuentra firme y consentido.

En tal sentido, resultaría importante que a través del CDJE las procuradurías públicas puedan conocer este tipo de prácticas que tienen una incidencia directa en los resultados negativos que tiene el Estado en un proceso arbitral, a efectos de evaluar mayores elementos de juicio que les permita conformar tribunales arbitrales que garanticen transparencia, probidad, idoneidad y eficiencia en sus actuaciones. En eso radica la importancia de la experiencia y la especialización, como en cada especialidad que el derecho nos ofrece y la norma nos exige.

Nuestra parte realizó respecto del referido caso las siguientes acciones a fin de evitar el perjuicio que se vislumbraba por las actuaciones del árbitro X durante el proceso:

- Recusar al árbitro, dicha recusación resultó infundada.
- Solicitar testimonios de funcionarios de la entidad administrativa competente en materia de inocuidad de alimentos, los mismos que fueron actuados pero que no fueron tomados en cuenta al momento del laudo.
- Plantear recurso de anulación por motivación aparente e incongruente, resultando también infundado.

Todas estas acciones fueron desestimadas en la medida que no era posible oponernos a la designación residual del árbitro por el centro de arbitraje correspondiente, pues en documentos y experiencia mostraba aparentemente mucha solvencia profesional, siendo que a nuestro criterio y el de otros profesionales en la materia, como se ha evidenciado, implicó un laudo muy cuestionable que en buena cuenta ordenó un pago de aproximadamente dos millones de soles por daños y perjuicios ocasionados a una empresa, que de acuerdo a informes técnicos de la autoridad competente (que nunca fueron cuestionados en ninguna vía) había determinado que en cuatro ocasiones (dos en la planta del contratista y dos en centros educativos) se encontraron alimentos no aptos para el consumo humano.

## **VI. PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE REFERIDO A DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS**

Actualmente el panorama sobre el arbitraje con intervención estatal está en una etapa peligrosa al haberse demostrado casos de corrupción de manera fehaciente, y estando en estos momentos por discutirse la prisión preventiva de un considerable grupo de árbitros, manteniéndose las investigaciones sobre otro grupo de estos.

Algunos de los investigados aún siguen inscritos en las listas de elegibles de los principales centros de arbitraje del país (por número de casos administrados). Asimismo, de la información recopilada por el CDJE se advierte que estos centros de arbitraje tampoco toman en cuenta a los árbitros cuyas recusaciones han sido declaradas fundadas por actuaciones de las procuradurías públicas, ni siquiera lo hace el centro de arbitraje del OSCE.

En tal sentido, considerando estos dos supuestos y nuestra experiencia en más de quinientos arbitrajes a la fecha (más de trescientos resueltos), también nos permitimos cuestionar a un grupo de árbitros integrantes de estas nóminas, siendo la siguiente consideración cuantitativa de árbitros no elegibles conforme con el criterio elaborado por el equipo de arbitraje de la Procuraduría Pública del MIDIS:

- Dirección de Arbitraje del OSCE: 38 no elegibles.
- Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima: 25 no elegibles.
- Centro de Resolución de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú: 24 no elegibles.

A esto debemos sumar una buena cantidad de árbitros inscritos en estos tres centros de arbitraje, cuya experiencia no es pública en la rama y en tal sentido no lo es para nuestro equipo, a pesar del tiempo que llevamos ejerciendo la defensa jurídica del Estado (casi nueve años en dos procuradurías públicas en el caso del suscrito), lo cual implica un claro riesgo en la consecución de un proceso con las garantías suficientes para que la decisión esté basada solo en normas y principios aplicables al caso en concreto.

Este riesgo, por ejemplo, se ha visto reflejado al vernos perjudicados directamente por tres laudos arbitrales emitidos por un árbitro de experiencia comprobada en numerosas participaciones en arbitrajes con el Estado y de naturaleza privada, con estudios superiores de reconocido nivel docente, entre otros criterios objetivos que podrían garantizar su idoneidad.

De estos tres laudos, uno de ellos tiene un informe emitido por un asesor externo en el que se cuestiona de manera bastante clara los considerandos y la resolución final. Este laudo no se pudo recurrir en anulación por falta de presupuesto. En el caso del segundo sí se recurrió en anulación, pero no se consiguió el resultado esperado, mientras en el caso del tercero sí se consiguió anular el laudo por el Poder Judicial.

Adicionalmente a esto averiguamos sobre muchas recusaciones en su contra y se tomó conocimiento de varias disconformidades por el desempeño como árbitro del indicado profesional, por lo que resulta fundamental la publicidad de la información que nos permita como Estado evitar y/o excluir a este tipo de profesionales de probada y controvertida actuación, pues no siempre son excluidos de los centros de arbitraje de manera oportuna.

Por consiguiente, debemos analizar la limitación que en la actualidad efectúan dos centros de arbitraje (CCL y PUCP) sobre la designación de árbitros por las partes, habiendo regulado la confirmación de dichas designaciones en base a los siguientes criterios:

Artículo 12<sup>o7</sup>

Nombramiento y confirmación por el Centro

(...)

4. Para confirmar un árbitro, el Consejo toma en consideración, entre otros criterios, su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con los Reglamentos, los términos de su declaración de imparcialidad e independencia, así como la especialidad y experiencia en la materia controvertida en el caso que se trate, los requisitos exigidos por las partes y cualquier otra circunstancia relevante. En los arbitrajes internacionales se toma en cuenta, además, la nacionalidad o la residencia del árbitro y el conocimiento del idioma o idiomas aplicables al arbitraje.

5. En consideración a que el cargo de árbitro involucra calificaciones propias de una función de confianza y la apreciación de aptitudes no solo intelectuales en relación con un conflicto singular y partes concretas, las decisiones del Consejo para confirmar o no a un árbitro en un caso específico son definitivas, no requieren expresión de motivos y no condiciona para futuros arbitrajes.

6. En las designaciones realizadas por las partes, si el árbitro designado no acepta el encargo, no responde dentro del plazo indicado por el Centro o no es confirmado por el Consejo, el Centro otorga a la parte respectiva un plazo de diez días para realizar una nueva designación. Si el segundo árbitro no acepta, no responde o no es confirmado, el nombramiento es efectuado por el Consejo por cuenta de dicha parte, salvo decisión distinta del Consejo.”

---

7 Reglamento de Arbitraje 2017 – Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Lima.



Y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP refiere lo siguiente<sup>8</sup>:

Artículo 2º

Criterios para la confirmación de un árbitro

Considerando que el nombramiento como árbitro constituye una manifestación de la confianza que las partes depositan en aquel, la Corte de Arbitraje evaluará entre otros criterios: Su aptitud para conducir el arbitraje en relación con un conflicto singular y partes concretas, su disponibilidad de tiempo, así como la información expresada en el formato de declaración proporcionado por el Centro, la hoja de vida (curriculum vitae), los requisitos exigidos por las partes y cualquier otra circunstancia relevante referida al desempeño profesional o arbitral del profesional designado.

(...)

Artículo 3º

Sobre la decisión de la Corte de Arbitraje

La confirmación o no de un árbitro es inimpugnable, no requerirá expresión de causa y no es vinculante para futuros procedimientos de confirmación del mismo profesional en otros arbitrajes.

Artículo 5º

De la no confirmación de un árbitro

En caso la Corte de Arbitraje decida no confirmar a un árbitro, el Centro informará de ello al árbitro y otorgará a la parte o a las partes, de ser el caso, un plazo de tres (3) días para realizar una nueva designación.

En caso el nuevo árbitro designado rechace su nombramiento o manifestara su parecer en el plazo correspondiente, el nombramiento será efectuado por la Corte de Arbitraje, conforme al artículo 25ª del reglamento de Arbitraje PUCP 2017.

En caso el nuevo árbitro designado no sea confirmado, el nombramiento será efectuado por la Corte de Arbitraje.

Como se puede apreciar, la consecuencia de la no confirmación de un árbitro por estos dos importantes centros de arbitraje (y probablemente ocurra con los arbitrajes administrados por el OSCE) también puede ser muy perjudicial ante lo evidenciado en el presente estudio, siendo por lo tanto de vital importancia evaluar las acciones que debe tomar el Estado ante esta circunstancia.

---

8 Directiva del sistema de confirmación de árbitros PUCP.



# Los bonos de 1875 ¿piezas de museo o títulos con valor jurídico/económico?

**PATRICIA DEL CARMEN VELASCO SÁENZ**

Procuradora Pública del Ministerio de Economía y Finanzas

**P**eriódicamente, el Estado peruano ha venido recibiendo solicitudes de pago de diversas clases de bonos emitidos por el Perú, las mismas que han dado origen —en ciertos casos— a reclamos judicializados que pretenden el cobro de estos instrumentos.

Merecen especial atención para este foro de defensa los reclamos (*claims*) presentados por supuestos inversores en los Estados Unidos de América, vinculados al pago de bonos del guano de las islas, emitidos en su momento para garantizar operaciones financieras destinadas a facilitar la construcción de obras públicas, gastos derivados de la guerra con España (1864-1866) y la guerra del Pacífico (1879). Su naturaleza, vigor y exigibilidad serán materia del presente análisis, con el objetivo de conocer sus efectos jurídicos y económicos en la actualidad, evitando ingresar al detalle del proceso judicial.


Ante los *claims* presentados, y a fin de que el Estado peruano fije su posición en este tema, nos vimos precisados a conformar un equipo multidisciplinario que nos permitiera obtener la mayor información posible sobre estos instrumentos, realizando un trabajo de arqueología jurídica, identificando y clasificando los documentos necesarios que nos ayuden a entender la problemática y el contexto que rodeó la emisión de estos certificados. El resultado fue altamente satisfactorio, pues no solo se logró alcanzar el objetivo deseado, sino que además, con el conocimiento adquirido, se planteó una estrategia de defensa sólida que nos permitió obtener una sentencia favorable al Estado peruano en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

## I. CONTEXTO HISTÓRICO Y CRONOLOGÍA DE LOS HECHOS<sup>1</sup>

A mediados del siglo XIX el guano de las islas cobra singular importancia para el Estado peruano debido a la cantidad de aves guaneras abastecedoras del

---

<sup>1</sup> Monsalve Zanatti, Martín (2017). *Informe sobre historia económica vinculada a la emisión de los Certificados de Deuda de 1875, emitidos por la República del Perú durante la explotación del guano de las islas, vinculados a la Compañía Consignataria del Guano de los Estados Unidos de América*. Procuraduría Pública Ad Hoc RS N°158-2015-JUS, Ministerio de Economía y Finanzas.



preciado fertilizante. Ello permitió su comercialización en gran escala para los mercados nacional e internacional, diseñándose para el efecto un modelo operativo que proporcione una mayor fluidez en su comercialización, lo cual resultaba difícil por las propias características y naturaleza del producto.

El primer antecedente de importancia sobre la emisión de bonos guaneros data de octubre de 1865, durante la guerra con España, cuando el gobierno del Perú celebró un contrato para la venta del guano en consignación con la empresa denominada “Compañía Consignataria del Guano en los Estados Unidos de América” (en adelante la “CCG”), conformada por inversores residentes o ciudadanos peruanos. La “CCG” tenía su domicilio o razón social en Perú y se encontraba sujeta a la legislación peruana. Es a través de esta compañía que se realiza la comercialización del fertilizante, teniendo el monopolio del mismo.

Es en ese período (1864-1866) que los estados de Perú y Chile suscribieron un empréstito en Nueva York por 2'000,000 USD de oro con una tasa de interés de 7% anual, teniendo como garantía la venta del guano. La “CCG” adelantó el dinero necesario contra la emisión de bonos por la comercialización de este producto.

En abril de 1875, se libera el monopolio de la venta del guano, tal y como consta en el contrato suscrito en los Estados Unidos por la “CCG” y el Estado peruano. Este, como parte del contrato, decide emitir 3,600 bonos de deuda de \$1000 GOLD, denominados “Certificate of indebtedness of Perú”, como garantía para el pago de la deuda contraída durante todos estos años por el Estado peruano con la “CCG”.

En julio de 1881, la “CCG” da por terminada sus obligaciones comerciales y presenta todas sus cuentas al gobierno del Perú para su revisión y juzgamiento; sin embargo, el proceso de cumplimiento de las obligaciones con la “CCG” se vio perjudicado por el contexto político de aquel entonces: la guerra del Pacífico (1879-1883) y la subsecuente inestabilidad política.

En ese marco, los acreedores y los gobiernos de Perú y Chile realizaron una serie de esfuerzos para poner fin a los reclamos de pago de deuda, los cuales culminarían en 1937, cuando se dicta la Ley 8859, durante el gobierno del presidente Benavides.

No obstante, aún existen intentos aislados de algunos tenedores de estos certificados que pretenden otorgarle un valor jurídico y económico, lo que nos ha obligado a definir, desde la obtención de importantes piezas jurídicas, cuál es la naturaleza de estos instrumentos.

## II. LOS BONOS DEL GUANO Y EL CONTRATO DE 1875

Para conocer la vigencia de la deuda derivada de los bonos de 1875 y ante los reclamos (*claims*) presentados, primero debimos determinar la naturaleza jurídica de estos certificados a partir del análisis de los instrumentos históricos encontrados.



Según su texto expreso, los bonos tenían como relación causal el contrato del 24 de abril de 1875, celebrado para “renegociar la deuda”. De acuerdo con el artículo primero del contrato, con su suscripción se puso fin al monopolio de la venta del fertilizante en los Estados Unidos, acordado en el contrato de 1869, quedando el gobierno peruano en absoluta libertad para comercializar ese producto de la manera que prefiriera<sup>2</sup>.

Dicho contrato fue redactado y ejecutado en la ciudad de Lima, República del Perú, siendo las partes suscribientes por un lado la CCG [sociedad mercantil debidamente constituida y establecida en la ciudad de Lima] y el Gobierno del Perú.

En ese orden, según consta del propio bono y de las estipulaciones del contrato de 1875, el Gobierno del Perú debía emitir y entregar a la CCG 3,600 Certificados de Endeudamiento, por un valor unitario de MIL DÓLARES en moneda de oro de los Estados Unidos, lo que dio lugar a un monto acumulado de tres millones seiscientos mil dólares<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> No obstante, en los artículos 2 y 3 del contrato en cuestión, también se facultó a la CCG para seguir comercializando las cantidades de guano que tenía almacenadas en los Estados Unidos, siendo que los ingresos de estas ventas cubrirían principal e intereses.

<sup>3</sup> Todas las emisiones debían realizarse en las oficinas de los agentes financieros del Perú en Nueva York, con la presencia del cónsul peruano y la asistencia de un notario público y las personas que deseen estar presentes. Los intereses cesarían al día siguiente que el principal será efectivamente pagado. Las garantías extendidas sobre los certificados, hasta el pago total del principal y de los intereses.

Dichos bonos devengaban una tasa de interés de 7% anual, tanto en el principal como intereses, los que debían ser pagados en moneda de oro de los USA en la oficina de los agentes financieros del Perú en Nueva York (Mess Hubson Hurtado y Compañía).

Asimismo, en el artículo 5° se estipula que “los certificados de que trata el artículo anterior, se emitirán y se radicará su servicio en la ciudad de Nueva York. Devengarán interés sobre el valor nominal (...) a razón de siete por ciento anual pagaderos por semestres vencidos”<sup>4</sup>.

No obstante, en el artículo 19° del mismo contrato, se establece explícitamente que cualquier asunto o complicación que surja entre la Compañía Consignataria y el Gobierno del Perú debe resolverse en los tribunales peruanos: “Las cuestiones que pudieran suscitarse sobre la inteligencia, ejecución o consecuencia de este contrato se someterán para su resolución a los tribunales del Perú, sin que en ningún caso puedan recurrir los interesados a la vía diplomática”. (Contrato de 1875)

Los certificados serían numerados correlativamente desde el N° 1 al N° 3,600 (ambos números inclusive) y pagados según el cronograma anual de pagos contados desde el 1 de marzo de 1876 hasta el 1 de marzo de 1880. Estuvieron garantizados con la venta del guano a los Estados Unidos (artículo 5° del contrato):

Proviendo la deuda a cuyo pago deben aplicarse estos certificados de adelantos hechos en épocas anteriores, en virtud de contratos elaborados desde mil ochocientos sesenta y cinco hasta mil ochocientos sesenta y nueve, con hipoteca del guano que se vendiera para el consumo en los Estados Unidos de América, subsiste la misma garantía y queda afecta al pago de los certificados que la representan, hasta su extinción total, y por consiguiente el producto del guano que se exporte a los Estados Unidos queda establecido como fondo de garantía para el servicios de esos certificados, en derecho de preferencia a todo otro pago<sup>5</sup>.

La metodología para amortizar la deuda contenida en los certificados fue prevista en el artículo 6° del Contrato de 1875 y se atendería a través de los agentes financieros de la CCG (*Hobson, Hurtado & Company*), quienes eran los encargados de la emisión y servicio de la deuda en la ciudad de Nueva York, hasta la cancelación de los bonos<sup>6</sup>.

Por su parte, el artículo 18° del contrato establece la forma como la CCG ejecutaría la garantía pactada en el artículo 5°, estipulando que tales derechos se harían efectivos a través de la venta del guano, declarándose expresamente que los certificados no constituyen el pago o cancelación de la deuda, sino que tan solo la representan, y solo se considerará honrada la misma en la medida que los certificados en cuestión hubiesen sido amortizados (se entiende así según el cronograma y la metodología pactados en el Contrato de 1875 y señalados en cada uno de los certificados).

---

4 Monsalve Zanatti, Martín, oper.cit.

5 Monsalve Zanatti, Martín, oper.cit

6 Monsalve Zanatti, Martín, oper.cit

### III. DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE 1875 Y LA LIQUIDACIÓN DE LA DEUDA CON LA CCG

Tanto el proceso como la metodología de pago de bonos previstos en el Contrato de 1875 y los respectivos certificados se vieron afectados por el contexto histórico y la inestabilidad política de aquella época. Es así que en julio de 1881 la CCG da por terminada sus obligaciones comerciales y presenta todas sus cuentas al Gobierno del Perú para su revisión y juzgamiento. La Guerra del Pacífico (1879-1883) y la posterior inestabilidad política hicieron que el proceso de liquidación de la CCG culminara en 1893<sup>7</sup>.

La liquidación de la deuda con la CCG se realizó tal como se pactó en el Contrato de 1875, bajo el consenso de ambas partes y dentro del marco jurídico previsto en la ley peruana. Esto es la “Ley de Consolidación de la deuda interna”, vigente en aquel entonces, según la cual, a partir del 17 de diciembre de 1898 la deuda de la “CCG” formaba parte de la deuda interna consolidada y su pago debía hacerse con los títulos de deuda interna establecidos por el presidente Piérola<sup>8</sup>.

Entre el 06 y 09 de noviembre de 1893, el Tribunal de Cuentas del Perú, siguiendo las pautas establecidas por la Ley de Consolidación de la Deuda Interna de 1889, “liquida” en títulos de deuda interna lo que el Gobierno del Perú le debía a la CCG. La deuda total establecida por el Tribunal de Cuentas es de 7’026,653.38 dólares estadounidenses de oro.

Según esta norma, para proceder a la liquidación la Compañía Consignataria debía entregar los 3,600 bonos; sin embargo, la firma decide no entregarlos hasta haber recibido el pago:

(...) debemos hacer presente al Excmo. Tribunal Arbitral que dichos certificados se encuentran depositados en Nueva York a la orden de la Compañía, para ser devueltos al verificarse la cancelación de su deuda a cargo del Perú (Memorándum de la Compañía Consignataria, p. 20) (Proceso Arbitral Franco – Chileno).

### IV. EL LAUDO DE BERNA<sup>9</sup> Y LOS BONOS DEL GUANO

Como se ha mencionado precedentemente, el contexto histórico afectó la ejecución del Contrato de 1875, cuya garantía de cumplimiento era la explotación de los yacimientos de guano ubicados en territorio peruano. Así pues, durante la Guerra del Pacífico (1879-1883), estos recursos quedaron rápidamente bajo el

<sup>7</sup> Monsalve Zanatti, Martín, oper.cit (Memorándum de la Compañía Consignataria, p.20; Memoria RR.EE. 1902, 46).

<sup>8</sup> Monsalve Zanatti, Martín, oper.cit

<sup>9</sup> Al proceso arbitral que dio origen al Laudo de Berna se le conoce indistintamente como Arbitraje de Lausana, Arbitraje Franco Chileno y Arbitraje de Berna.

control del ejército chileno, generando la protesta de las compañías extranjeras, quienes ejercieron presión a través de sus gobiernos para que se obligue al gobierno de Chile a respetar los contratos celebrados con el Gobierno peruano y el derecho a comercializar directamente el guano.

Existieron varios instrumentos jurídicos destinados a solucionar el pago de la deuda interna peruana y que fueron el antecedente del Laudo de Berna. El primero de ellos es el decreto del 9 de febrero de 1882, dictado mediante la ocupación chilena, en el que se dispuso la venta de un millón de toneladas de guano para financiar los gastos de la guerra y la ocupación

Posteriormente, la firma del Tratado de Ancón de 1883 (acuerdo de paz Perú-Chile) ratifica las estipulaciones contenidas en el decreto de 1882, el Protocolo Elías Castellón, en virtud del cual Chile cedía al Perú, es decir a sus acreedores, el 50% de los depósitos en el Banco de Inglaterra y suspendía la venta unilateral del guano.

Más adelante, en 1893, ante la presión de la Casa Dreyfus Hermanos y Cía, se firma el protocolo Errázuri-Bacourt, mediante el cual los gobiernos de Chile y Francia se comprometieron a conformar el tribunal arbitral que validaría los reclamos de: "... todos los acreedores del Perú, cualquiera que sea su nacionalidad, cuyos títulos de créditos estén sustentados en la garantía del guano", quienes podrían ejercer la opción del depósito proveniente del 50% de la venta neta del millón de toneladas de guano ordenadas por el decreto de 9 de febrero de 1882<sup>10</sup>.

Es mediante este protocolo que se modificó el artículo 19° del Contrato de 1875, pues se permite la participación de la CCG en el Tribunal Arbitral<sup>11</sup> para solucionar las diferencias surgidas sobre el pago de su acreencia con el Estado peruano, fuera de la jurisdicción de los tribunales internos (como estuvo previsto inicialmente en el aludido contrato), aun cuando posteriormente el mismo Laudo Arbitral se sustenta precisamente en este artículo para calificar a la deuda contenida en estos instrumentos como "deuda interna".

Es así que en marzo de 1894, los gobiernos de Francia, Gran Bretaña, Perú y Chile participaron en el Tribunal Arbitral, siendo ocho las compañías que al comienzo del arbitraje formaban parte del proceso, entre la que se encontraba la Compañía Consignataria del Guano en los Estados Unidos de América, de Lima (CCG). El Estado peruano y los demás acreedores presentaron varias objeciones contra la participación de la CCG, las que se sustentaban en que (i) la CCG no era súbdito de ninguno de los Estados neutrales que organizaron el arbitraje; (ii) la CCG era

---

10 Monsalve Zanati, oper.cit

11 Debido a que las legaciones diplomáticas tenían sede en Berna y que las primeras gestiones se hicieron en esa ciudad, el gobierno peruano se refirió oficialmente al arbitraje como el "Tribunal de Berna", a pesar que las sesiones fueron en la corte de Lausana y oficialmente fue conocido como "Tribunal Franco-Chileno" por los países que lo impulsaron. Es así que en las comunicaciones del juez Hafner, copiadas en Intervención del Perú en el arbitraje de Berna, se lee: "La demanda y las pruebas deberán remitirse al Presidente del Tribunal Arbitral, al Palacio del Tribunal Federal en Lausana (Suiza) en 35 ejemplares impresos en lengua francesa o alemana (...) En nombre del Tribunal Arbitral Franco-Chileno- el Presidente Hafner" (Intervención del Perú [85] 17). Entonces cualquiera de los tres nombres (Tribunal Franco-Chileno, Berna y Lausana) se refiere al mismo proceso arbitral. Monsalve Zanatti, Martín, oper cit.

acreedora de deuda interna y no externa; y (iii) el reclamo debió haberse sometido a los tribunales y la jurisprudencia peruanos.

Es muy importante tener en cuenta esta argumentación y lo que dijo el laudo respecto de este punto, pues permite ir determinando el marco legal aplicable y la exigibilidad de la deuda con la CCG contenida en los bonos derivados del Contrato de 1875.

El 05 de julio de 1902, el Tribunal falló a favor de la Compañía Consignataria. Los jueces debían especificar, entonces, a cuánto ascendía la deuda del gobierno peruano, cuál era la vinculación entre el pago del guano comola garantía y los bonos emitidos en 1875, y qué proporción del dinero depositado en el Banco de Inglaterra le corresponde.

Estos tres elementos ofrecen pistas importantes sobre las características de los bonos emitidos en Nueva York y el pago de la deuda a la Compañía Consignataria.

Sobre las argumentaciones contrarias a la participación de la CCG, el Tribunal descartó los dos primeros puntos de inmediato; sin embargo, el fallo sí desestimó la posición de la CCG sustentada en el hecho de “no tener nacionalidad ni estar ligada a las leyes del Perú” por ser una persona jurídica compuesta por inversionistas de diferentes países. El Tribunal de Lausana (LAUDO DE BERNA) establece que toda persona jurídica está inscrita en un país y que está sometida a la legislación de este. En el caso de la Compañía ese país es Perú:

Qué es preciso considerar como determinante, bajo el punto de vista de la nacionalidad, la ley bajo el imperio de la cual se ha formado la persona moral, corporación o sociedad anónima, y de la que depende su capacidad, o sea comúnmente la ley vigente del domicilio de la sociedad; que ahí se deduce que la Compañía Consignataria es una sociedad peruana, puesto que está regida por el derecho peruano y su asiento social es Lima, como consta en los artículos 2 y 3 del contrato del 07 de octubre de 1865; que importa poco, bajo este punto de vista, que cierto número de accionistas sean extranjeros del Perú<sup>12</sup>.

En este proceso también es relevante señalar que tanto en el memorándum que presenta la Compañía Consignataria para sustentar su posición en el Tribunal Arbitral de la Federación Suiza como en la sentencia de la Corte Arbitral se afirma que los certificados fueron emitidos, pero que no lograron circular en el mercado.

Sin embargo, lo más importante para la historia de los bonos es que un tribunal arbitral internacional, al cual se sometió **expresa y voluntariamente la CCG (tenedores de los bonos)**, establece: a) que estos están ligados al contrato de 1875, por ello tienen como garantía la venta del guano; b) que la compañía consignataria es una firma peruana sujeta al marco legal de la República del Perú; y c) que la deuda del gobierno con la compañía consignataria debe ser tratada como deuda interna.

---

<sup>12</sup> Monsalve Zanatti, Martín, oper.cit.



## V. EJECUCIÓN DEL LAUDO DE BERNA Y LOS BONOS DE 1875 (1902-1937)

Siendo que el fallo del Tribunal Arbitral establecía que la deuda con la CCG era deuda interna, tal como la había determinado y tratado el Estado peruano desde 1893 (cuando el Tribunal de Cuentas del Perú hizo la primera “liquidación” que fue usada luego como base para laudar)<sup>13</sup>, el pago de la deuda quedaba dentro del marco de la ley del 17 de diciembre de 1898.

La mencionada legislación establecía la creación de un papel de deuda pública, sin intereses, pero amortizable, para atender obligaciones de distinto origen, entre ellas el pago de aquellos que hayan sido materia de resolución legislativa especial, de sentencia ejecutoria de los tribunales ordinarios o del Tribunal de Cuentas. Así, los bonos y la deuda contraída con la CCG resultaban incluidos dentro de esta ley, debido a la sentencia del Tribunal de Cuentas de 1893, que ambas partes reconocieron en el Arbitraje de la Confederación Suiza.

En cumplimiento de estas disposiciones, el 17 de abril de 1907, Augusto B. Leguía, ministro de Hacienda y Comercio, ordenó el pago en títulos de deuda pública de 1'477,088 libras peruanas, 7 soles y 46 centavos a la compañía consignataria como cancelación definitiva de sus cuentas con el gobierno, previa entrega por parte de aquella de los 3,600 certificados de 1,000 dólares de oro cada uno.

Posteriormente, el 28 de julio de 1907, el presidente José Pardo y Barreda hicieron mención explícita a la emisión de los títulos y a la cancelación definitiva de la deuda con la compañía consignataria. Algunos años después, en su mensaje al Congreso Nacional de 1913, el presidente Guillermo Billinghurst Angulo también hará referencia a la cancelación de dicha deuda cuando realice su balance de las cuentas nacionales e informa sobre el valor en el mercado de los títulos de deuda interna peruana (Anexo 11, Mensajes Presidenciales).

Finalmente, en 1937, el presidente Óscar R. Benavides promulgó la Ley 8599, que establecía que los títulos de deuda se consideraban caducos si en quince años los interesados no habían hecho ninguna gestión para la realización del pago. El artículo 3 establecía: “Los capitales en Bonos de Deuda Interna no reclamados por los interesados, prescriben a los quince años, siempre que sus dueños, durante ese período, no hubiesen cobrado intereses o practicado acto alguno que acredite su dominio (Anexo 12, Perú. El Peruano, 5/06/1939 Promulgación de la Ley No. 8859 del 17 de noviembre de 1937)”. Entonces, dado que el Tribunal Arbitral de la Confederación Suiza reconoció como deuda interna las acreencias de la compañía consignataria, que esta última aceptó el monto fijado por el Tribunal de Cuentas de 1893 como el total de lo que le debía el Estado peruano, y que este último en 1907 inició un proceso de canje de los bonos por títulos de deuda interna, es presumible que la Ley 8599 sea aplicable a aquellos que no cambiaron sus bonos por títulos de deuda interna a partir de 1907<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> “Ley de Consolidación de Deuda Interna”.

<sup>14</sup> Monsalve Zanatti, Martín, oper.cit.



## VI. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BONOS DE 1875

Los bonos (tal y como los conocemos en la actualidad) son instrumentos fiduciarios representativos de deuda, cuyo sustento reposa en la confianza de pago entre el inversor y el emisor. Genera para el prestatario la obligación de pagar al inversor los intereses que se devenguen en un periodo determinado o al vencimiento del mismo. Al existir una tasa al momento de su emisión, se entiende que son instrumentos de renta fija, a diferencia de las acciones que vendrían a ser instrumentos de renta variable.

Según Oswaldo Hundskopf Exebio, “un bono viene a ser un valor mobiliario de renta fija que representa una acreencia contra la empresa emisora”<sup>15</sup>. Así, la persona que adquiere el bono percibe pagos periódicos de intereses y cobra el valor nominal de este dentro de las condiciones pactadas en el contrato de emisión.

De acuerdo con la ley de Títulos Valores vigente, los bonos forman parte del universo de las obligaciones, representan deuda para el emisor (prestatario) y crédito para el tenedor (inversor), califican como títulos valores y, por lo tanto, tienen vocación circulatoria.

Las obligaciones contenidas en bonos tienen distintas clasificaciones, según el enfoque que se les pretenda otorgar. Así tenemos: (i) los bonos (cuando su plazo de emisión es mayor a un año); (ii) los papeles comerciales o instrumentos de corto plazo (cuando su plazo de emisión es de un año o menos); (iii) los bonos convertibles (aquellos que admiten su conversión en acciones al momento de su vencimiento); (iv) los bonos corporativos (emitidos por las sociedades para reestructurar sus pasivos, adquirir activos, financiar proyectos, etc.); (v) los bonos de titulación (cuando se encuentran respaldados en futuros flujos de caja relacionados a cuentas por cobrar); (vi) los bonos hipotecarios (allí la garantía son los préstamos hipotecarios concedidos por los clientes de las entidades financieras que los emiten); (vii) los bonos estructurados (vinculados a la evolución de un activo subyacente); y (viii) los bonos soberanos (emitidos por el Estado, como mecanismo de financiamiento de actividades públicas)<sup>16</sup>, entre otros.

En relación a los bonos soberanos, han venido siendo utilizados en países latinoamericanos, como el Perú, para que el Estado pueda afrontar dificultades económicas a través de financiamiento de inversores, quienes actúan no por voluntad propia, sino en mérito a un mandato legal. Ejemplo de ello lo encontramos en los bonos de Reconstrucción y Bonos de Desarrollo emitidos por el Estado peruano en la década de 1980.

De acuerdo con las definiciones reseñadas, vemos que estos instrumentos para ser considerados como bonos deben tener, entre otras características, “vocación

---

<sup>15</sup> Hundskopf Exebio, Oswaldo (2010). Valores mobiliarios. *Ley de Títulos Valores*. Ministerio de Justicia, diciembre, 451.

<sup>16</sup> Echaíz Moreno, Daniel (2011). Los Bonos (impagos) emitidos por el Estado peruano. *LUMEN*, (12), 23.

de circulación”, de lo contrario, nos encontramos frente a un instrumento de distinta naturaleza. Resulta arriesgado subsumir a los bonos de 1875 dentro de alguna de las categorías señaladas precedentemente. Podríamos, por ejemplo, orientarnos a calificarlos como bonos soberanos; sin embargo, su emisión fue efectuada de común voluntad entre las partes y además, objetivamente, ha quedado demostrado y ratificado en los Tribunales que los bonos de 1875 permanecieron siempre en poder de la CCG, no habiendo circulado ni en el Perú ni en Nueva York.

Por otro lado, si bien resulta interesante el mecanismo de endeudamiento que se diseñó para la obtención de financiamiento público a través de la emisión de bonos (ligado siempre a la garantía del guano de las islas), hay que tener en cuenta que hace 144 años el desarrollo comercial internacional no era el que conocemos en la actualidad, por lo que no sería adecuado tratar de explicar o de interpretar la realidad económica de aquella época con las categorías que conocemos hoy para establecer la naturaleza jurídica de los bonos de 1875.

En ese orden, la posición que pretendemos establecer es que los bonos de 1875 no pueden subsumirse dentro de la clasificación encontrada hoy: son certificados de naturaleza *sui generis* que tuvieron como relación causal el Contrato de 1875 y la garantía del guano de las islas. Por lo demás, para los fines que nos ocupa el presente artículo (la vigencia y exigibilidad de los bonos de 1875), eso carece de mayor relevancia, en tanto existen otros elementos jurídicos que nos orientan a resolver el problema.

## VII. BONOS DE 1875: ¿PRESCRITOS O CADUCOS?

Conforme se ha ido decantando a lo largo del presente artículo, las obligaciones contenidas en los bonos de 1875 son consideradas deuda interna y por ende están sujetas a la legislación peruana, tanto porque así lo demuestra el texto expreso del propio Contrato de 1875 (*pacta sunt servanda*), como también así lo señala taxativamente el Laudo de Berna.

En ese orden, se tiene que conforme a la Ley 8599 de 1937 (que reguló el pago de estas obligaciones) se estableció la existencia de un plazo de caducidad para el pago de estos bonos, considerándose que si al cabo de los quince años (de publicada la Ley se entiende) los interesados no habían realizado ninguna gestión de pago, los títulos de la deuda se consideraban caducos.

Por otro lado, el artículo 3° de la misma norma establecía que los capitales en bonos de deuda interna no reclamados por los interesados prescriben a los quince años, siempre que sus dueños durante ese período no hubiesen cobrado intereses o practicado acto alguno que acredite su dominio.

Esto nos genera un primer comentario en torno a la confusión entre prescripción y caducidad, pero debemos recordar que la dualidad entre ambas instituciones jurídicas recién se define con el Código Civil de 1984. En ese orden, merece recordar que la Ley N° 8599 se promulgó en 1937, cuando regían la Constitución

Política del Perú de 1933 y el Código Civil de 1936, de ahí que les da el tratamiento de conceptos semejantes.

Por otro lado, el Estado peruano, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, mediante distintos comunicados, ha ratificado la total vigencia de la Ley 8599, indicando que el MEF "(...) no admite ninguna gestión de requerimiento de bonos emitidos por la República del Perú, respecto a los cuales se ha producido la caducidad o prescripción para su cobro, en aplicación de la Ley N° 8599, de fecha 18 de noviembre de 1937, y del inciso 1) del Artículo 2001° del Código Civil (...)". Los bonos en tal situación son los emitidos en los años 1871, 1874, 1875, 1920, 1928 y 1929 (...)"<sup>17</sup>.

### **COMUNICADO N° 006-2014-EF/52.01**

#### **CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN DE BONOS EMITIDOS POR EL ESTADO PERUANO**

Se hace de conocimiento de las instituciones públicas y de las personas naturales y jurídicas en general que el Ministerio de Economía y Finanzas no admite ninguna gestión de requerimiento de pago de bonos emitidos por la República del Perú, respecto a los cuales se ha producido la caducidad o prescripción para su cobro, en aplicación de la Ley N° 8599, de fecha 18 de noviembre de 1937, y del inciso 1) del Artículo 2001° del Código Civil, por cuya razón sugerimos al público en general abstenerse de efectuar transacciones o gestiones con tales títulos.

Los bonos en tal situación son los ermitidos en los años 1871, 1874, 1875, 1920, 1928 y 1929, así como aquellos emitidos en virtud a las Leyes N° 5621, N° 6752, N° 13309, N° 13517 y N° 15591, sus ampliatorias y modificatorias.

Asimismo, los "Bonos de Ensanche y Acondicionamiento de Poblaciones – Decreto Ley N° 17803", los "Bonos para Ensanche y Acondicionamiento de Poblaciones para la Zona Afectada por el Terremoto del 31 de mayo de 1970 – Decreto Ley N° 18974", los "Bonos de Inversión Pública de 1979 y 1981, autorizados por el Decreto Ley N° 22403 y el Artículo 77° de la Ley N° 23233, respectivamente; igualmente, los "Bonos de Reconstrucción – Ley N° 23592"; los "Bonos de Desarrollo – Ley N° 24030" y los "Bonos de Pensiones – Ley N° 23495".

Para mayor información sobre esta materia, se puede consultar a la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, toda vez que no es taxativa la enumeración expuesta en los párrafos precedentes.

Lima, 02 de junio de 2014

#### **DIRECCIÓN GENERAL DE ENDEUDAMIENTO Y TESORO PÚBLICO**

**CARLOS LINARES PEÑALOZA**  
Director General

Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público

En consecuencia, queda muy claro respecto de los bonos de 1875 que, a partir del 18 de noviembre de 1952, la obligación de pago de estos títulos ha caducado en mérito a la Ley 8599, publicada el 17 de noviembre de 1937, lo cual resulta coherente, si entendemos que los ordenamientos jurídicos por lo general someten a término expresamente distintas situaciones jurídicas para tutelar el interés de las partes y favorecer la "seguridad jurídica", pues no se les puede someter "ad infinitum" en sus expectativas de beneficiarse con una prestación o hacerse cargo de la misma.

<sup>17</sup> Publicado en el Boletín de Normas Legales del *Diario Oficial El Peruano* en su edición del día martes 03 de junio de 2014.

## VIII. CONCLUSIONES

- Los bonos son certificados ligados al Contrato de 1875, que está definido dentro de la legislación peruana. Asimismo, la compañía consignataria es reconocida como una casa comercial con razón social en el Perú.
- Por lo tanto, la deuda que la CCG tuvo con el Estado peruano debe considerarse como deuda interna.
- La CCG fue la única tenedora de los bonos de 1875, nunca circularon en el mercado interno ni internacional.
- La Ley 8599 de 1937 regula lo concerniente a la deuda contenida en los bonos (certificados) de 1875.
- La acción de cobro de estos bonos en la fecha ha caducado.

## BIBLIOGRAFÍA

Echaíz Moreno, Daniel (2016). Los Bonos (impagos) emitidos por el Estado peruano. *LUMEN*, (12), 21-26.

Hundskopf Exebio, Oswaldo (2010). Valores mobiliarios. *Ley de Títulos Valores*. Ministerio de Justicia, 451.

Monsalve Zanatti, Martín (2017). *Informe sobre Historia Económica vinculada a la emisión de los Certificados de Deuda de 1875, emitidos por la República del Perú durante la explotación del Guano de las islas, vinculados a la Compañía Consignataria del Guano de los Estados Unidos de América*, Procuraduría Pública Ad Hoc RS N°, Ministerio de Economía y Finanzas.

# Las sentencias interlocutorias denegatorias y su impacto en la defensa jurídica del Estado

**MARÍA DEL CARMEN MÁRQUEZ RAMÍREZ**

Procuradora Pública del Ministerio de Educación

## I. INTRODUCCIÓN

**E**l Tribunal Constitucional, en un afán de contrarrestar la indiscriminada presentación de procesos constitucionales cuyo fundamento no se condice con el objeto, la finalidad y el contenido constitucional de protección que permita ingresar a un análisis de fondo de la controversia, emitió el precedente vinculante contenido en la Sentencia STC N° 00987-2014-PA/TC, que establece en su fundamento 49 los supuestos que sustentan la denegatoria dictada sin más trámite que un análisis del recurso de agravio constitucional que no está referido a una cuestión de derecho de especial trascendencia constitucional. Es decir, tal como lo señala el Tribunal Constitucional, un recurso carece de esta cualidad cuando no está relacionado con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, cuando versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata o finalmente cuando lo pretendido no alude a un asunto que requiera una tutela especial de urgencia.

Las sentencias interlocutorias en materias específicas coadyuvan en la defensa jurídica del Estado que realizan las procuradurías públicas a nivel nacional, puesto que se convierten en herramientas de defensa frente a la carga procesal respecto de los procesos constitucionales denominados procesos de tutela urgente (hábeas corpus, amparo, cumplimiento y habeas data).

Si bien es cierto que para el Tribunal Constitucional la expedición de este precedente vinculante contenido en la STC N° 00987-2014-PA/TC ha permitido que reduzca su alta carga procesal, con la finalidad de que se pueda avocar a aquellos procesos que sí requieren una tutela urgente de protección constitucional o solucionar conflictos de relevancia constitucional, para la defensa jurídica este precedente permite predictibilidad en gran cantidad de procesos que se instauran contra las entidades del Estado frente a demandas manifiestamente infundadas, lo que permite también reducir la alta carga procesal que tienen las procuradurías públicas, como es el caso del sector Educación, que ante la oposición a las políticas educativas que se han venido implementando desde el 2012 en adelante por un sinnúmero de demandantes a través de procesos de tutela urgente como amparo, cumplimiento, etc., el

Tribunal Constitucional, a través de estas sentencias interlocutorias denegatorias, ha permitido que esta carga procesal frente a demandas que no tienen contenido de relevancia constitucional sean desestimadas, en su mayoría, generando predictibilidad y seguridad jurídica para nuestro Estado de Derecho.

## II. ANTECEDENTES Y NORMATIVA APLICABLE A LAS SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DENEGATORIAS

### Antecedentes

Las sentencias interlocutorias denegatorias tienen su origen en un anterior precedente vinculante contenido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 02877-2005-PHC/TC, publicada el 11/07/2006, en el caso seguido por Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez vs. Magistrado del Cuadragésimo Juzgado Penal de Lima, Manuel Iván Miranda Alcántara, que estableció criterios de procedencia del recurso de agravio constitucional (en adelante RAC), evaluando a su vez la relevancia constitucional del mismo, fijando parámetros que establecerían los siguientes criterios para que el Tribunal Constitucional admita y resuelva controversias de índole constitucional a través del RAC, tales como:

- a. **Determinación de la Tutela Objetiva de Derechos:** que permite que el RAC proteja la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales, aun cuando resulte imposible cautelar la tutela subjetiva de los derechos de una persona, como cuando estamos frente a una sustracción de la materia<sup>1</sup>.
- b. **Establecimiento de los efectos de la protección subjetiva de derechos:** que incide sobre los efectos de una sentencia declarada fundada. Estos efectos pueden terminar siendo inapropiados para la protección de los derechos fundamentales, y como el RAC busca tutelarlos en forma superlativa, sí cabe su formulación si es presentada y argumentada de forma razonable. Es decir, si el actor alega la incongruencia entre la declaratoria de fundada y las consecuencias de la misma tiene claramente expedito el camino de este medio impugnativo<sup>2</sup>.

---

1 Sentencia del Expediente N° 0603- 004-AA/TC, referido a un proceso constitucional iniciado por la gerente del Grifo Ferraro frente a la Municipalidad Distrital de Bellavista, y que versa sobre la comisión de un supuesto abuso realizado a través de una resolución de alcaldía que daba por finalizado un procedimiento coactivo en contra de la reclamante. El a quo declaró improcedente el amparo por sustracción de la materia; sin embargo, el demandado varió esa sustracción y procedió a ejecutar coactivamente al demandante posteriormente, por lo que aplicando el artículo 1 del Código Procesal Constitucional el TC se pronuncia vía RAC declarando fundada la demanda.

2 Sentencia recaída en el Expediente N° 0 2694-2004- AA/TC, promovida por José Silva Vallejo y dirigida contra el Consejo Nacional de la Magistratura, con el objeto de que se declaren nulos y sin efecto legal los acuerdos adoptados en contra de su persona. El a quo resolvió declarando fundada la demanda en la presente demanda. El recurrente en su RAC critica la decisión jurisdiccional respecto a que sea el propio consejo el que deba resolver nuevamente, es decir, pese a que se declaró fundada la demanda en ese aspecto, el reclamante consideró preciso acudir al RAC, pues las consecuencias de dicho fallo no se condecían, a su entender, con la protección efectiva de sus derechos fundamentales.

- c. Decisión respecto de las excepciones deducidas:** el RAC se implementa en atención a que se consideró pertinente por parte del Tribunal Constitucional resolverlo respecto de una excepción deducida, cuando se advierte que la judicatura ordinaria desestima la procedencia de la demanda por excepción, pero del análisis del rechazo la pretensión controvertida reviste un aspecto de relevancia constitucional<sup>3</sup>.
- d. Posibilidad de realizarse pagos accesorios:** se ha llegado a reconocer la posibilidad, a través de un RAC, de analizar materias que aparecen como accesorias a una pretensión principal<sup>4</sup>. Sin embargo, en la actualidad las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria. De ello, se desprende que hoy en día la protección constitucional de intereses y reintegros ya no será materia de control constitucional concentrado, sino que será derivada a vías igualmente satisfactorias para la persona. Por lo tanto, tampoco podrá ser materia de un RAC, pese a que en el pasado sí lo era.
- e. Distinción de los alcances de la sentencia declarada fundada:** según el artículo 20° del Código Procesal Constitucional, el pronunciamiento de este colegiado sobre el recurso interpuesto tendrá dos consecuencias distintas, hecho que redundará en la viabilidad del RAC: si el Tribunal considera que la resolución impugnada ha sido expedida incurriéndose en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión, la anulará y ordenará se reponga el trámite al estado inmediato anterior a la ocurrencia del vicio; y si el vicio incurrido solo alcanza a la resolución impugnada, el Tribunal la revocará y procederá a pronunciarse por el fondo<sup>5</sup>.

En otros casos, lo que se ordena es que, antes de declarar firmes las resoluciones judiciales, se remitan los autos a la Corte Superior correspondiente, según se puede revisar en las resoluciones de los Expedientes N° 0 2027-2004-AC/TC y N° 2475-2004-AC/TC.

Los criterios descritos establecen el antecedente inmediato al precedente vinculante, caso Francisca Lilia Vásquez Romero, Exp. N° 00987-2014-PA/TC, por el

- 
- 3 Sentencias de expedientes como los N° 0079-2005-PA/TC, N° 1623-2004-AA/TC y N° 1098-2004-AA/TC. Este colegiado ha llegado a ingresar y analizar, en virtud de un RAC, lo referido a esta causal de procedencia, es decir, no se llegó a centrar el estudio de la cuestión específicamente en la protección de un derecho fundamental, sino más bien la caducidad planteada (entendida como prescripción, según lo establecido en la sentencia del Expediente N. 0 1049-2003-AA/TC) está referida al plazo existente para interponer la demanda desde el momento en que el afectado toma conocimiento del acto lesivo.
- 4 Sentencia recaída en el Expediente N° 0065-2002-AA/TC: se ha señalado que los pagos pensionarios se realizan no solo sobre la base del monto de la jubilación correspondiente, sino que, además, pueden incluir los reintegros e intereses. En la actualidad estas materias no son pasibles por RAC, tal como lo ha señalado el TC a través del fundamento 37.g de la sentencia del Expediente N° 0 1417-2005-AA/TC.
- 5 Esta es la solución que ha sido adoptada en las resoluciones de los Expedientes N° 2558-2004-AC/TC, N° 4396-2004-AA/TC y N° 2595-2004-AC/TC, entre otras. Sin embargo, en otros casos similares, se ha resuelto de una forma distinta. En algunos casos se declaró subsistente la sentencia recurrida pero nulo el concesorio, tal como puede observarse en las resoluciones de los Expedientes N° 0 1948-2004-AC/TC, N° 2376-2004-AC/TC, N° 2113-2004-AC/TC, N° 0 2094-2004-AC/TC, N° 0 2178-2004-AC/TC, N° 2472-2004-AC/TC y N° 2634-2004-AC/TC.



cual el Tribunal Constitucional determinó que podrá emitir sentencia interlocutoria denegatoria del recurso de agravio constitucional (RAC) cuando:

- a. Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.
- b. La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.
- c. La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del TC.
- d. Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

De esta forma, el RAC podrá ser rechazado sin más trámite. Esto es, sin debate entre las partes ni valoración de pruebas.

### **Normativa aplicable**

**Artículo 18 del Código Procesal Constitucional, Recurso de Agravio Constitucional**, contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad.

**Artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional**, según el cual, se declarará la improcedencia del RAC, a través de un auto, en los siguientes supuestos:

(...) si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

Conforme a lo expuesto, pese a la claridad de la normatividad vigente y la obligatoriedad del anterior precedente emitido por el Tribunal Constitucional, y en atención al precedente vinculante contenido en la STC N° 00987-2014-PA/TC, se advierte que habría una posición de los magistrados por abocarse a los procesos con relevancia constitucional que reúnan los requisitos contemplados en el citado precedente, a fin de que el colegiado pueda enfocar sus recursos en atender aquellos casos que merecen una tutela urgente o solucionar conflictos de suma relevancia constitucional. Cabe señalar que esta limitación del RAC, que se manifiesta en las sentencias interlocutorias denegatorias, no es compartida por algunos magistrados del TC, quienes consideran a estos criterios no válidos, pues se estaría afectando el derecho a una tutela procesal efectiva y al derecho de defensa, lo cual comentaremos más adelante.

### III. LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DENEGATORIA

#### Concepto de Sentencia Interlocutoria

“Sentencia interlocutoria” en puridad constituye un auto. Por ello, en caso de rechazarse la demanda, sobre la base de lo dispuesto en este precedente, el afectado podría interponer el recurso de reposición previsto en el artículo 121 del Código Procesal Constitucional.

#### Supuestos que deben observarse para la expedición de una sentencia interlocutoria denegatoria

Una sentencia interlocutoria denegatoria se da cuando la pretensión contenida en un RAC:

##### a. Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.

El supuesto señalado está referido a la causal de improcedencia establecida en el artículo 5º, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, que contempla la improcedencia del amparo cuando: “Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”. En ese contexto, cuando se advierta que el contenido constitucional no está siendo afectado será desestimado el RAC. Por ejemplo, en el caso del derecho a la educación el contenido constitucional de ese derecho está conformado por: a) el derecho al acceso a la educación; b) la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar; y c) la calidad de la educación. Estas tres manifestaciones conforman la estructura básica del derecho a la educación; aquellas pretensiones que no se refieran a estos supuestos serán desestimados mediante sentencia interlocutoria denegatoria.

##### b. La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.

Un recurso carece de esta cualidad cuando no está relacionado con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, cuando versa sobre un proceso excluido del proceso de tutela urgente de que se trata, o, finalmente cuando lo pretendido no alude a un asunto que requiera una tutela de especial urgencia. En el fundamento 50 del Precedente vinculante 00987-2014-PA/TC, una cuestión no reviste trascendencia constitucional en los siguientes casos: 1) si una futura resolución del TC no soluciona algún conflicto de relevancia constitucional, pues no existe lesión que comprometa el derecho fundamental involucrado o se trata de un asunto que no corresponde resolver en la vía constitucional; o 2) si no existe necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado y no median razones subjetivas u objetivas que habiliten este órgano colegiado para emitir un pronunciamiento de fondo.

**c. La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional.**

Esto se condice con lo dispuesto por la Norma VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece lo siguiente: “Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”. Por lo tanto, toda demanda que contravenga un precedente vinculante será desestimada vía sentencia interlocutoria denegatoria.

**d. Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.**

En los procesos de tutela urgente —como el amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento— existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han desestimado casos análogos en los que carece de fundamento avocarse a ellos, tales como el Expediente N° 04244-2018-PA/TC, que es sustancialmente idéntico al proceso resuelto en el Expediente N° 04533-2013-PA/TC, referido a destitución, ingreso o reingreso de docentes, estableciéndose que estas controversias deben ser dilucidadas en el marco de un proceso ordinario o contencioso administrativo, determinándose como criterio sustancialmente igual del fallo desestimatorio para todos estos procesos la causal de improcedencia prevista en el inciso 2) del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, que establece la improcedencia del amparo cuando: “*Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus*”, por lo que la sentencia interlocutoria denegatoria será determinada aplicando el acápite d) del fundamento 49 de la sentencia emitida en el precedente vinculante N° 0987-2014-PA/TC, y en el inciso d) del artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. En consecuencia, se declara sin más trámite la improcedencia del RAC.

En consecuencia, se advierte que las sentencias interlocutorias denegatorias permiten, a través de estos **cuatro criterios desarrollados, rechazar de plano gran parte de las demandas que comúnmente llegan a conocimiento del TC.**

#### **IV. POSICIONES CONTRARIAS A LAS SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS DENEGATORIAS**

Pese a la relevancia constitucional para el ejercicio de la defensa jurídica del precedente vinculante STC N° 0987-2014-PA/TC emitido por el Tribunal Constitucional, que permite un avocamiento a aquellos procesos de tutela urgente que requieren un tratamiento inmediato, existen magistrados contrarios a dicho precedente, como es el caso de los jueces Blume Fortini y Ferrero Costa, quienes se han pronunciado en contra del **uso excesivo y desmedido** que se hace del referido precedente para declarar improcedente demandas de tutela. Estos argu-

mentos jurídicos se pueden revisar en el Expediente N° 00257-2016-PA/TC, desestimado in limine por el Tribunal Constitucional al considerar que el pedido de nulidad de la resolución que impedía la ejecución de la liquidación de los bienes conyugales no constituía una materia de especial trascendencia constitucional.

Consideran ambos magistrados que este uso desmedido del precedente vinculante in comento puede afectar gravemente la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho de defensa que le asiste a todo justiciable, más aún cuando advierten que el ejercicio del precedente, por ejemplo, en el caso de contravenir un precedente vinculante, implicaría que dicho precedente no podría ser revaluado, mejorado o cambiado por el TC, lo que significaría una grave afectación al derecho de defensa, a la tutela jurisdiccional efectiva y a un debido proceso.

En la STC N° 00257-2016-PA/TC, Blume Fortini, en su fundamento de voto señala que:

11. Las consideraciones descritas me llevan a sostener que, adicionalmente a mi discrepancia por el uso equivocado que se viene haciendo de la llamada sentencia interlocutoria denegatoria, tampoco puedo asumir como razonable y conforme a Derecho su aplicación indiscriminada, extensiva y generalizada a toda causal de improcedencia o de rechazo contemplada en el Código Procesal Constitucional, omitiendo el trámite de vista de la causa y sin oír a las partes. Ello lesiona el derecho de defensa, el derecho al debido proceso y el derecho a la tutela procesal efectiva, entre otros, que están reconocidos en el artículo 139, incisos 14, 3 y 3 de la Constitución, respectivamente, en los artículos 1 y 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional; derechos que el Tribunal Constitucional ha desarrollado con amplitud en numerosas sentencias dictadas antes del precedente Vásquez Romero, como el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales y sus parámetros de medición.

12. Frente a estas dos situaciones, la desnaturalización de la aplicación del precedente Vásquez Romero y su indebida extensión a todas las causales de improcedencia previstas en el Código Procesal Constitucional, he llegado a la firme convicción que debo dejar constancia de mi apartamiento de tales formas de entender y aplicar dicho precedente.

Por su parte, Ferrero Costa arguye que:

16. Por otro lado, la “sentencia interlocutoria” establece como supuestos para su aplicación fórmulas imprecisas y amplias cuyo contenido, en el mejor de los casos, requiere ser aclarado, justificado y concretado en supuestos específicos, a saber, identificar en qué casos se aplicaría. No hacerlo, no definirlo, ni justificarlo convierte el empleo de la precitada sentencia en arbitrario, toda vez que se podría afectar, entre otros, el derecho fundamental de defensa, en su manifestación de ser oído con las debidas garantías, pues ello daría lugar a decisiones subjetivas y carentes de predictibilidad, afectando notablemente a los justiciables, quienes tendrían que adivinar qué resolverá el Tribunal Constitucional antes de presentar su respectiva demanda.

## V. CONCLUSIONES

Aun cuando existan controversias por la aplicación de los fundamentos que permiten la emisión de sentencias interlocutorias denegatorias, no podemos dejar de señalar que estas sentencias permiten garantizar un adecuado tratamiento a los procesos de tutela urgente, a fin de evitar lo que acontecía anteriormente, cuando todo era “amparizable”, generando una indiscriminada alta carga procesal no solo para los órganos jurisdiccionales y el Tribunal Constitucional, sino también para los órganos de defensa jurídica del Estado a nivel nacional. Consideramos que todo puede ser perfectible en el tiempo y será el Tribunal Constitucional que evaluará y determinará las mejoras correspondientes en salvaguarda de un Estado de Derecho acorde a la protección de la Constitución y de los derechos fundamentales. Mientras tanto, es un gran aporte del TC para la defensa jurídica lo establecido en el Precedente N° 00987-2014-PA/TC, que debe ser observado y aplicado para el buen ejercicio de la defensa que atañe a todas las procuradurías públicas del país.

# El rol fundamental que cumplen las áreas usuarias en el proceso de contratación pública y el rol preventivo de las entidades públicas

VERÓNICA NELSI DÍAZ MAURICIO

Procuradora Pública del Ministerio del Interior

**E**n la defensa jurídica del Estado enfrentamos diversos procesos judiciales promovidos en virtud a los informes de control de los Órganos de Control Institucional (OCI) de las entidades públicas, o propiamente de la Contraloría General de la República, que durante sus acciones de control identifican daño económico a la entidad proveniente de la negligencia de los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones durante su actuación dentro del proceso de contratación pública, motivando el ejercicio de acciones judiciales por indemnización de daños y perjuicios.

En muchas dependencias del Estado el desconocimiento de la normatividad de contratación pública o su errónea aplicación provoca vicios en el proceso de contratación, acarreando muchas veces responsabilidad civil en los funcionarios y servidores por el perjuicio económico que se causa al Estado.

El Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) viene publicando a través de su portal web la normativa aplicable, charlas gratuitas presenciales, videos tutoriales, entre otros esfuerzos, además de entregar certificaciones a los profesionales del órgano encargado de las contrataciones (OEC) de acuerdo con su experiencia y nivel de conocimiento en la materia. Es importante también que las entidades públicas fortalezcan las capacidades de los servidores públicos que representan al "área usuaria" en sus diferentes dependencias, pues cumplen un rol fundamental dentro del proceso de contratación. Su conocimiento y la mejora de sus capacidades permitirán lograr la eficiencia y eficacia de las adquisiciones, cumpliendo uno de los principios rectores de la contratación pública: el principio de eficacia y eficiencia.

De esta manera, a través de una labor preventiva, el Estado lograría la eficacia y eficiencia en sus adquisiciones, evitando procesos judiciales e inclusive procesos de arbitraje por controversias derivadas de la ejecución contractual.

El principio de eficacia y eficiencia que indicamos se encuentra definido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, conforme al cual el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, y garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas y el interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

Tenemos tres actores dentro del proceso de contratación pública: el Titular de la Entidad, el Área usuaria y el Órgano Encargado de las Contrataciones<sup>1</sup>.

El Titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva. De conformidad con sus normas de organización, ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.

El Órgano Encargado de las Contrataciones es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos. La entidad puede conformar comités de selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, los servicios y las obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. El reglamento establece su composición, funciones, responsabilidades, entre otros.

El Área Usuaria es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad. En este caso, nos abocaremos a tratar el rol fundamental que cumple el área usuaria dentro del proceso de contratación pública.

## **I. ROL FUNDAMENTAL DEL ÁREA USUARIA EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

El rol del área usuaria se sustenta legalmente en requerir los bienes, los servicios u las obras que necesita para el cumplimiento de los fines y funciones de la entidad, no para satisfacer intereses particulares, privados o personales.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en la Opinión N° 025-20187DTN ha precisado lo siguiente al respecto: "(...) la normativa de contrataciones del Estado establece que el área usuaria, al plantear su requerimiento, debe indicar la finalidad pública de la contratación del bien, servicio u obra, esto es, pre-

---

<sup>1</sup> Artículo 8 del TUO de la LCE.

cisar qué interés público en particular se desea satisfacer con dicha contratación, finalidad pública que responderá a la naturaleza de las funciones de la entidad”.

Es decir, no se trata de adquirir cualquier bien, servicio u obra, sino que la adquisición de bienes, servicios y obras debe encontrarse orientada al cumplimiento de las funciones de la entidad, aspecto que el área usuaria debe cautelar antes de disponer las adquisiciones de bienes, servicios u obras que necesita.

Muchas veces el área usuaria se enfrenta a diversos requerimientos que no cumplen una finalidad pública. Por desconocimiento o inexperiencia se realizan las gestiones para cumplir con el requerimiento de la contratación de servicios o bienes que no están relacionados con la función que desempeña la entidad. Finalmente, al ser ello advertido por el Órgano de Control Institucional o la Contraloría General de la República o por la propia entidad, genera responsabilidades civiles, provocando el inicio de acciones legales por daños y perjuicios.

El rol del área usuaria no solo se limita a “pedir” o “requerir” la adquisición, sino que es responsable de formular las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, así como los requisitos de calificación. En otras palabras, es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación. De allí la importancia que las entidades públicas fortalezcan a los servidores que representan a las áreas usuarias de sus diversas dependencias a fin de que cumplan óptimamente con sus funciones.

Esta formulación de las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben proporcionar acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo. Salvo las excepciones, previstas en el reglamento de la ley de contrataciones, en el requerimiento no se hace referencia a: una fabricación o una procedencia determinada; un procedimiento concreto que caracterice a los bienes o servicios ofrecidos por un proveedor determinado; marcas, patentes o tipos; un origen; o una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertos proveedores o ciertos productos, pues ello constituye vulneración al principio de libre concurrencia de los proveedores.

En suma, el término de referencia, la especificación técnica o el expediente técnico de obra son instrumentos sumamente importantes dentro del proceso de contratación pública. Su formulación es su responsabilidad. Sin embargo, muchas veces las debilidades que contienen estos instrumentos generan dificultades durante la ejecución contractual, y si estas no son resueltas a través de los mecanismos legales podrían provocar procesos de arbitraje con resultados adversos a la entidad, además de gastos arbitrales.

Por otro lado, existe un aspecto que muchas veces no es observado por las diversas entidades públicas y es que el área usuaria puede encontrarse constituida por aquella dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas, pero



también la constituyen aquellas dependencias que por las funciones de su cargo y su propia especialidad canalizan los requerimientos formulados por otras dependencias. Es decir, hay dos tipos de área usuaria:

- a. Dependencias cuyas necesidades pretenden ser atendidas.
- b. Dependencias que por las funciones de su cargo y su propia especialidad canalizan los requerimientos formulados por otras dependencias.

Debemos poner atención en este último tipo de área usuaria. Así, tenemos el caso del Acuerdo Marco. En efecto, a través de la Directiva N° 007-2017-OSCE/CD "Disposiciones aplicables a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco" se establece que la oficina de informática o la que haga sus veces se constituye como área usuaria, responsable de formular el requerimiento a través de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, tratándose de computadoras, proyectores, escáneres, así como de impresoras, consumibles y accesorios.

Justamente, aquí aplicamos el concepto de área usuaria, como dependencia, que por las funciones y la especialidad canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, toda vez que la oficina de informática cuenta con las capacidades técnicas para la elaboración de las especificaciones técnicas de los equipos tecnológicos.

Ello también ocurre con las oficinas de infraestructura o con las oficinas de abastecimiento, que por su función y especialidad se convierten en "áreas usuarias". En el caso de las primeras, por ejemplo, tratándose de servicios de remodelación, adecuación de ambientes, entre otros, correspondería a dicha área la elaboración de los términos de referencia, así como brindar la conformidad de los servicios.

De esta manera, corresponde que estas dependencias cumplan con el rol de área usuaria que les compete, por la función y especialidad que desempeñan, aspectos que por desconocimiento no son encargados a las mismas, generándose defectos en la elaboración de los términos de referencia o las especificaciones técnicas que posteriormente podrían devenir en perjuicio económico a la entidad, imputando a los funcionarios y servidores públicos.

## **II. ROL PREVENTIVO DEL ESTADO**

Entonces, conviene sumar esfuerzos a los que el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) realiza, fortaleciendo las capacidades y los conocimientos de sus áreas usuarias, y no solamente de los órganos encargados de las contrataciones, dado el rol fundamental y la actuación principal en el proceso de contratación. De esta manera, el Estado logrará la eficiencia y eficacia en sus adquisiciones públicas y evitará perjuicios a la entidad.

### III. CONCLUSIONES

Las áreas usuarias cumplen un rol fundamental, así como sus otros participantes, en el proceso de contratación pública, considerando que tienen la responsabilidad de elaborar los términos de referencia, las especificaciones técnicas o los expedientes técnicos, así como brindar conformidad de dichas adquisiciones. Las adquisiciones se realizan cumpliendo una finalidad pública.

Existen dos tipos de áreas usuarias: i) aquellas dependencias cuyas necesidades pretenden ser atendidas; y ii) aquellas dependencias que por las funciones de su cargo y su propia especialidad canalizan los requerimientos formulados por otras dependencias. Estas últimas se encuentran obligadas a cumplir sus competencias legales.

Corresponde a las entidades públicas cumplir un rol preventivo fortaleciendo el desempeño de sus áreas usuarias, lo cual permitirá cumplir con uno de los principios rectores de la contratación pública: la eficiencia y la eficacia.

# Atribuciones del Poder Ejecutivo vs control jurisdiccional: límites de su potestad revisora de los actos administrativos y respeto de las relaciones entre los poderes del Estado

JHONY F. ZAMORA LIMO

Procurador Público del Ministerio de Producción

¿Es posible que una o varias atribuciones constitucionalmente reservadas al Poder Ejecutivo sean afectadas y sustituidas por un mandato judicial?

Ante dicho escenario, ¿estaríamos frente a un ejercicio indebido de la función jurisdiccional del control y/o supervisión de los actos administrativos y los actos de gobierno del Poder Ejecutivo, que excede su potestad de control y se subroga indebidamente en la competencia delimitada expresamente en la Constitución Política del Perú y la ley a favor de uno de los poderes del Estado?

**A**mbas interrogantes tienen respuesta afirmativa, y es que pareciera que los órganos jurisdiccionales —no todos— en su celo tuitivo —que no se cuestiona siempre que sea razonable— emiten en determinados casos pronunciamientos sustentados en la potestad de control de las decisiones administrativas que dicta la administración pública en el marco de sus atribuciones, resolviendo y otorgando derechos, permisos, autorizaciones u otros beneficios a favor de los administrados, los que solo podrían —y deben— ser otorgados o denegados previa evaluación —precisamente por razones de competencia— de la entidad respectiva y en cumplimiento de los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) correspondiente. Es decir, dichas decisiones judiciales promueven el otorgamiento de derechos u otros similares a favor de los administrados, sin que estos cumplan con los requisitos legales para ello, lo que representa una delicada confrontación y conflicto con uno o más poderes del Estado.

En ese sentido, la práctica procesal que involucra la defensa jurídica del Estado que ejercen los procuradores públicos en cada uno de sus sectores, ha evidenciado que en algunos de ellos se han presentado singulares situaciones en las que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Poder Judicial ha afecta-

do las atribuciones de otros poderes del Estado. Por ejemplo, las atribuciones del Poder Ejecutivo descritas en el artículo 118 de la Constitución Política del Perú, atribuciones que han sido reservadas de manera exclusiva, pero no excluyente a dicho poder del Estado y que ningún otro poder o particular podría afectar esta atribución constitucional.

Por supuesto que la Constitución Política del Perú reconoce al Poder Judicial la atribución de ejercer la función jurisdiccional; sin embargo, para que este ejercicio sea constitucionalmente legítimo debe estar dentro del marco constitucional establecido<sup>1</sup>.

El artículo 138 de nuestra norma fundamental prevé que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes. Esta disposición constitucional es concordante con lo establecido en el artículo 45 de la misma carta suprema, dado que uno de los principios importantes de todo Estado Constitucional de Derecho es aquel según el cual el poder del Estado emana del pueblo. Claro está que el ejercicio de ese poder se realiza dentro de las limitaciones y responsabilidades que la constitución y las leyes establecen.

La potestad de impartir justicia por el Poder Judicial le ha sido asignada por la Constitución, por la voluntad popular, aunque los jueces no sean elegidos a través de dicho mecanismo (salvo los jueces de paz, que son designados por elección popular). Sin embargo, el ejercicio de dicha facultad requiere que se realice dentro de un marco de observancia y plenario respeto de los derechos fundamentales, de los principios y valores constitucionales y de las atribuciones de otros poderes u órganos constitucionales del Estado.

En virtud de lo señalado anteriormente, uno de esos principios constitucionales que el Poder Judicial debe respetar, como todo poder del Estado y todo órgano constitucional, es el de **separación de poderes**, conforme lo resalta el artículo 43 de la constitución al hablar del Estado democrático de derecho y su forma de gobierno. En ese sentido, así como la atribución de ejercer la potestad legislativa está reservada al Poder Legislativo, la jurisdicción judicial no puede sustituir a los actos administrativos y los actos de gobierno del Poder Ejecutivo. No obstante, ello no impide que el Poder Judicial ejerza su atribución constitucional de impartir justicia.

En un contexto histórico, el principio de división de poderes ha sido uno de los bastiones del constitucionalismo contemporáneo y, desde entonces, existe una lucha constante para que el mismo prevalezca<sup>2</sup>, considerándose como el medio más importante de garantizar el respeto de las libertades.

Así pues, las funciones del Estado tradicionalmente se han distinguido entre sí de acuerdo con la concepción clásica de la división de poderes (con mayor preci-

---

1 Exp. N° 0006-2006-CC Fund. 29

2 Carmona Tinoco, Jorge Ulises (enero-julio, 2007). La División de Poderes y la Función Jurisdiccional. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, (9), 45-78.

sión división de funciones), según la cual los órganos legislativo, ejecutivo y judicial realizan funciones de producción de normas jurídicas, de ejecución de tales normas y de solución de controversias, respectivamente. Esta es una idea que destelló en el pensamiento de Aristóteles desde su mirador de la ciudad-Estado en la Grecia antigua, expresando la necesidad de dividir el poder político; posteriormente fue esbozada por John Locke y, finalmente, delineada con precisión por Carlos Luis de Secondant, Barón de Montesquieu.

Precisamente, este último señaló la necesidad de una tajante separación de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, estableciendo los peligros de no contar con la misma con el siguiente pensamiento:

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad, falta de confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, si no está separado del Poder Ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o pleitos entre particulares<sup>3</sup>.

Como colofón a este paréntesis histórico, coincidimos que la división de poderes forma parte inexcusable de la arquitectura del Estado liberal de Derecho que, con transformaciones sucesivas, ha llegado hasta nuestros días, y que, todavía hoy, superando problemas contingentes, permite asegurar a los ciudadanos su libertad política. Este principio tiende un puente entre los conceptos de "Estado de Derecho" y "democracia", impidiendo ciertos excesos en su disociación y contribuyendo a superar una desfasada polémica<sup>4</sup>.

Lógicamente, si bien la concepción del principio de división de poderes se sostiene tradicionalmente en el Estado Constitucional contemporáneo, también es cierto que en el caso peruano, por ejemplo, coexisten actualmente junto a dichos poderes órganos como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, los gobiernos regionales y locales, entre otros, que exigen un redimensionamiento de dicho principio, a fin de que se entienda, más que como una separación absoluta, como un control y balance recíprocos, lo que se conoce como check and balance, siempre que no suponga una invasión a sus atribuciones y competencias exclusivas. Por lo tanto, reafirmamos la regla general según la cual las funciones legislativa, judicial y ejecutiva deben estar separadas como poderes independientes, a fin de que se pueda establecer un sistema de controles y equilibrios.

3 Montesquieu (1992). Libro XI, Capítulo VI. En *Del Espíritu de las Leyes*, 104-110. Porrúa.

4 García Roca, Javier (abril-junio, 2000). Del Principio de la División de Poderes. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (108), 41-75.

Consecuentemente, no está en discusión la independencia y autonomía de los jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional, siempre y cuando su actuación sea constitucional, respetando las relaciones entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales, por lo que, en estricto, los jueces pueden controlar la legitimidad de las resoluciones administrativas cuyos fundamentos de sustento vulneren derechos fundamentales o presenten un vicio en el marco de un procedimiento administrativo previo.

En ese escenario, y sin ningún lugar a dudas, su competencia comprende la potestad de declararlas nulas o dejarlas sin efecto y deben ordenar un nuevo pronunciamiento ajustado a la constitución y la ley, de acuerdo al vicio advertido, pero de ninguna manera se encuentra habilitado a expedir por sí el otorgamiento de un derecho u otro beneficio que debe ser evaluado técnicamente por el órgano competente de la entidad, en cuyo caso la interpretación subyacente que se desarrolla para superar sus propias atribuciones desnaturalizaría las competencias del Poder Ejecutivo, afectando directamente al órgano administrativo emisor de dicho derecho, el cual está facultado por mandato constitucional y legal.

Estas singulares decisiones jurisdiccionales que vulneran el principio de separación de poderes conllevan un impacto negativo importante, ya que impiden el cumplimiento de atribuciones del Poder Ejecutivo, entre las que podríamos citar, cumplir y hacer cumplir la constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales, así como dirigir la política general del gobierno.

Y, si hablamos de sectores afectados por estos criterios subyacentes, podemos mencionar el caso del Ministerio de la Producción, respecto del cual el Poder Judicial ha emitido durante años resoluciones otorgando indebidamente concesiones, autorizaciones y permisos de pesca, obligando al sector a dictar actos administrativos sin análisis técnico previo ni verificación del cumplimiento de los requisitos legales establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), como correspondía.

En el caso concreto, dichos pronunciamientos descalificaron en su momento la titularidad de la atribución exclusiva sobre concesiones, autorizaciones y permisos de pesca a nivel nacional, que le es inherente al Ministerio de la Producción por mandato de la ley<sup>5</sup> que le otorga la rectoría en materia pesquera. Asimismo, se afectó la política nacional del ambiente, que es una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo y que incluye la política nacional del ambiente relacionado a la industria pesquera, que a su vez comprende la política nacional que tutela los ecosistemas marinos y costeros.

Efectivamente, de la revisión de las normas del sector, podemos verificar que el Decreto Legislativo N° 1027, que modifica el artículo 44 del Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, señala que las concesiones, las autorizaciones y los permisos son derechos específicos que el Ministerio de la Producción otorga a plazo deter-

---

5 Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, artículo 2 y 44 (modificado por D. Leg. N° 1027) y artículo 5 del D. Leg. N° 1047, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción.

minado para el desarrollo de las actividades pesqueras, conforme a lo dispuesto en la presente ley y en las condiciones que determina su reglamento, correspondiendo a dicho sector verificar que los derechos administrativos otorgados se ejerzan en estricta observancia a las especificaciones previstas en el propio título otorgado, así como de acuerdo con las condiciones y disposiciones legales emitidas, a fin de asegurar que dichos derechos sean utilizados conforme al interés de la Nación, al bien común y dentro de los límites y principios establecidos en la presente ley, en las leyes especiales y en las normas reglamentarias sobre la materia; caso contrario, la entidad, a través de sus órganos técnicos correspondientes, sanciona la caducidad del derecho otorgado, permitiendo su reversión al Estado, previo inicio del respectivo procedimiento administrativo, que asegure el respeto al derecho de defensa de los administrados y con estricta sujeción al debido procedimiento.

En ese contexto, nuestro ordenamiento jurídico prevé que solo podrá accederse a una concesión, autorización o permiso de pesca y se determinará la cuota de captura permisible mediante un procedimiento administrativo previo y preestablecido en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de la Producción.

No olvidemos que la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, prevé el principio de competencia, a través del cual el Poder Ejecutivo ejerce sus competencias sin asumir funciones y atribuciones que son cumplidas por los otros niveles de gobierno<sup>6</sup>. Asimismo, precisa que los ministerios y entidades públicas del Poder Ejecutivo ejercen sus competencias exclusivas en todo el territorio nacional con arreglo a sus atribuciones y según lo disponga su normatividad específica, estando sujetos a la política nacional y sectorial<sup>7</sup>. Es importante hacer hincapié que constituye una competencia exclusiva del Poder Ejecutivo el diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales se cumplen de forma obligatoria por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.

Siguiendo la línea normativa, la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que, por el principio de legalidad, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. Igualmente, señala que la competencia de las entidades tiene su fuente en la constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan<sup>8</sup>.

En el caso que hemos sugerido como ejemplo, queda clara la intromisión del Poder Judicial al otorgar mediante resoluciones judiciales derechos pesqueros a particulares y personas jurídicas, y obligar al Ministerio de la Producción emitir actos administrativos sin motivación sustantiva, lesionando la división de poderes, con el agravante de potenciales daños al medio ambiente y la sostenibilidad

---

<sup>6</sup> Art. VI de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

<sup>7</sup> Art. 4 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

<sup>8</sup> Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, art. IV del Título Preliminar y numeral 72.1 del artículo 72.



de los recursos naturales, cuya protección y conservación es atribución exclusiva del Poder Ejecutivo a través de sus políticas nacionales y sectoriales.

Concordamos con que el artículo 59 de la Constitución Política establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, agregando como limitación o restricción que el “ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud ni a la seguridad pública”.

Queda claro entonces que si los jueces exceden el ámbito de su competencia y emiten derechos administrativos afectando las atribuciones del Poder Ejecutivo, amenazan simultáneamente el equilibrio planificado por el órgano de aplicación de la directriz constitucional, que en el caso en comento ordena conservar los recursos.

Desde luego, ante el menoscabo de las competencias y atribuciones que sufre un poder del Estado, la única instancia suprema a la cual se puede recurrir para la resolución de estos conflictos es el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional tiene una función ordenadora y pacificadora orientada a crear certidumbre, estabilidad y seguridad. Es la instancia suprema que conoce de los conflictos sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y su sentencia vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos, determinando los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia<sup>9</sup>.

Quizás uno de los casos relacionados a la vulneración al principio de separación de poderes que tuvo cierto impacto mediático fue el famoso llamado “Casinos y Tragamonedas”, donde el supremo tribunal desarrolla en su fallo dos momentos importantes: 1) la delimitación de las atribuciones del Poder Judicial en la emisión de sus decisiones jurisdiccionales y el respeto que debe guardar a partir de ello de las atribuciones y competencias de los otros poderes del Estado en salvaguarda del principio constitucional de separación de poderes; y 2) como consecuencia de dicho desarrollo, la declaración de nulidad de las decisiones judiciales que afectaban en dicho caso las atribuciones del Ministerio de Comercio y Turismo (Mincetur) que habían sido dictados sobre la base del ejercicio ilegítimo de una atribución constitucional.

A pesar de que hubo ciertas críticas a la postura del supremo tribunal en el extremo de anular las resoluciones judiciales que motivaron la acción competencial (se decía que invadía la potestad del Poder Judicial), consideramos que tal decisión se encontraba dentro de la facultad legal establecida en la norma procesal constitucional y sustentada en la llamada cosa juzgada constitucional<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Código Procesal Constitucional, artículos 109 y 113.

<sup>10</sup> Exp. N° 0006-2006-CC Fund. 68 y siguientes.



Lógicamente, ante una acción siempre habrá una reacción y el reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el caso del Ministerio de la Producción<sup>11</sup>, mérito de la acción competencial interpuesta en su oportunidad, si bien resuelve el caso concreto que se le somete a discusión, también debe anotarse que sus fundamentos desprenden y ponen de relieve la preponderancia de las atribuciones y competencias del Poder Ejecutivo, cuyo ejercicio no puede ser perturbado, oprimido, limitado ni restringido por ninguna decisión o interpretación subyacente de otro poder del Estado (como el Poder Judicial, por ejemplo), lo que podríamos enmarcarlo con el siguiente título: el poder de uno termina cuando empieza el poder del otro.

Sin duda, una sentencia que comulga con el esfuerzo articulado de las entidades involucradas y de quienes ejercen la defensa jurídica del Estado, y que, en un ejercicio criterioso, consideramos que constituye una pauta orientadora de atención general para los estamentos del Poder Ejecutivo y sobretodo del propio Poder Judicial, a fin de que ejerza su función jurisdiccional con firmeza y legitimidad para los justiciables, pero cautelando que esa firmeza y legitimidad no subrogue ni sustituya decisiones que solo pueden ser adoptadas por otros órganos legítimamente facultados por mandato constitucional y legal.

Como corolario del presente comentario, concordamos en afirmar que los jueces pueden controlar y revisar las razones expuestas por la administración en las decisiones administrativas que dicta, en cuyo caso corresponderá al sector respectivo enmendar lo que se encuentre viciado de acuerdo a lo advertido por el órgano jurisdiccional<sup>12</sup>.

El control y la revisión de las razones que sustentan las decisiones de los poderes del Estado no están vedados; lo estarán en la medida que el ejercicio de la función jurisdiccional desnaturalice sus propias atribuciones y se subrogue en las competencias de un órgano administrativo para convertirse en un órgano administrativo ilegítimo.

Ante esos eventuales excesos el Tribunal Constitucional tendrá la obligación de equilibrar el cauce de las cosas.

---

<sup>11</sup> Exp. N° 0005-2016-PCC/TC.

<sup>12</sup> Exp. N° 0005-2016-PCC/TC, Fund. 83.

## BIBLIOGRAFÍA

Carmona Tinoco, Jorge Ulises (enero-julio, 2007). La División de Poderes y la Función Jurisdiccional. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, (9), 45-78.

García Roca, Javier (abril-junio, 2000). Del Principio de la División de Poderes. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (108), 41-75.

Montesquieu (1992). *Del Espíritu de las Leyes*. Porrúa.

# El procedimiento establecido en el numeral 34.3 del artículo 34 del TUO de la ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, no está sujeto a los plazos de prescripción establecido en el proceso de nulidad de oficio

JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ

Procurador Público del Ministerio de Relaciones Exteriores

**Y**a publicado el Decreto Legislativo N° 1272 (diciembre de 2016), asistimos a un diplomado en Derecho Administrativo, auspiciado por la Facultad de Ciencias Administrativas de una universidad estatal.

La exposición del tema de la fiscalización posterior estuvo a cargo de un abogado, profesor universitario y consultor de entidades públicas y privadas, quien al referirse a lo normado en el ahora numeral 34.3 del artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante el TUO), sustentó su punto de vista respecto del accionar que le corresponde a la administración cuando se comprueba la existencia de fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado. Esta posición es concordante con la práctica usual de un sector de los operadores del derecho, con la que ciertamente no coincidimos.

La norma en cuestión señala:

Artículo 34.- Fiscalización posterior

(...)

34.3.- En caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a declarar la nulidad del acto administrativo sustentado en dicha declaración, información o documento; e imponer a quien haya empleado esa declaración, información o documento una multa en favor de la entidad de entre cinco (5) y diez (10) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago; y, además, si la conducta se adecua a los supuestos previstos en el Título XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, ésta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente.

En síntesis, la posición del expositor fue la siguiente:

- La norma establece un procedimiento especial que funciona únicamente como consecuencia de la comprobación de fraude o falsedad, efectuada durante lo que se denomina la labor de fiscalización posterior aleatoria (verificación mediante el sistema de muestreo a que se refiere el numeral 34.1 del TUO), y que según el numeral 34.2 del mismo debe efectuarse semestralmente siguiendo los lineamientos que para tal efecto dicta la Presidencia del Consejo de Ministros.
- Como consecuencia de lo anterior, cuando tal comprobación se produzca fuera de la labor de fiscalización posterior aleatoria, la administración debe sujetarse al proceso general de anulación de oficio a que se refiere el artículo 213 del actual TUO de la Ley 27444, debiendo observarse los plazos de prescripción.

Discrepamos de esta posición. A nuestro entender:

- Efectivamente, se trata de un procedimiento especial que se aplica ante toda comprobación de fraude o falsedad; sin embargo, el mismo se aplica si se verifica dentro o fuera del muestreo aleatorio.
- El procedimiento de nulidad de oficio previsto en el artículo 213 del TUO no funciona ante la comprobación de fraude o falsedad a que se refiere el numeral 34.3 del TUO. Por lo tanto, no son aplicables sus plazos de prescripción.

Sustentamos nuestra posición:

### **I. ES UN PROCEDIMIENTO ESPECIAL QUE SE APLICA ANTE TODA COMPROBACIÓN DE FRAUDE O FALSEDAD DEL ART. 34.3**

No encontramos razón válida que sustente que la aplicación del numeral 34.3 del TUO se da únicamente respecto de los expedientes seleccionados aleatoriamente, dejando de lado otros concluidos en base a fraude o falsedad, de los cuales se toma conocimiento fuera del proceso aleatorio. Por ejemplo, por denuncia de tercero o por haberse enterado la entidad de manera circunstancial.

El expositor al que nos hemos referido al inicio de este artículo sustentó su posición alegando la interpretación sistemática de la norma, esto es, su ubicación dentro del artículo 34 del TUO, que está referido específicamente a la potestad de fiscalización posterior aleatoria.

A nuestro entender, la lectura de la norma bajo comentario no puede hacerse de manera restrictiva, sino acudiendo al principio de Privilegio de Controles Posteriores y al Principio de Buena Fe Procedimental que establecen los numerales 1.16 y 1.8 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO. Veamos lo que dicen estas normas:

1.16 Principio de privilegio de controles posteriores.- La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior, reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de

la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

1.8. Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.

Entonces, por un lado, se tiene que el control previo es un derecho de la autoridad administrativa y, por otro, la regulación establecida en el numeral 34.3 no puede interpretarse restrictivamente, pues ello implicaría amparar la conducta que atenta contra la buena fe procedimental.

## **II. EL FRAUDE O FALSEDAD A QUE SE REFIERE EL NUMERAL 34.3 DEL TUO NO CALZA EN LA PREVISIÓN CONTENIDA EN EL INCISO 4 DEL ARTÍCULO 10 DEL MISMO, POR LO QUE NO PUEDEN APLICARSE LOS PLAZOS PRESCRIPTORIOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 213**

El artículo 213 del TUO establece en su numeral 213.1 que en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10 puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales.

Ahora bien, el artículo 10 prescribe que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: “4.- Los actos administrativos que sean constitutivos de infracciones penales, o que se dicten como consecuencia de la misma”.

Consideramos que, en el fondo, la hipótesis que prevé el legislador gira en torno a sancionar la actuación impropia en que incurre la misma administración.

El autor Juan Felipe Isasi Cayo, al referirse a la nulidad de los actos administrativos en la legislación peruana, nos dice lo siguiente:

Se reconoce que al poder jurídico en cuya virtud la Administración está facultada para eliminar, en sede administrativa, sus propios actos cuando se encuentran viciados de nulidad, incluso invocando como causales sus propias deficiencias, se le denomina “potestad de invalidación”. Pero, como bien dice Morón Urbina, el fundamento de esta potestad de invalidación no radica en la mera potestad exorbitante del poder administrador, ni siquiera en la auto tutela de que es titular, sino “(...) en la necesidad que tiene la autoridad administrativa de dar satisfacción al interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad o del orden jurídico (...) Por ello, la posibilidad de anulación de oficio implica en verdad, una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo”. Ramón Parada, a su turno,

afirma que “(...) el principio de legalidad obliga a la Administración a reaccionar frente a cualquiera de sus actos o actuaciones que contradigan al ordenamiento acomodándolo a aquel”.

Esta situación es diferente a la prevista en el numeral 34.3 del TUO, en la que es el administrado el que, procediendo de mala fe, agravia a la administración, precisamente con la comisión de delitos contra la administración pública.

Escapa a todo criterio de razonabilidad que en caso la administración haya sido agraviada con un acto delictivo (típico proceder de mala fe) su potestad de auto tutela se vea limitada a los plazos de prescripción establecidos en el artículo 213 del TUO.

En ese sentido, compartimos el razonamiento que hace Morón Urbina en cuanto no se debería pasar inadvertido que la propia doctrina reconoce que para operar debidamente el límite temporal a la invalidación administrativa el beneficiado (administrado) debe ostentar buena fe, pues de otro modo el transcurso del tiempo podría conducir a dar firmeza a situaciones en que la ilegalidad sea producida por el propio beneficiario del acto administrativo (Ej. Si incurrió en fraude documental o violó la presunción de veracidad con alguna declaración falsa). Así, la limitación temporal debería tener lugar solo cuando la situación de ilegalidad sea producida por la acción de la Administración<sup>1</sup>.

## **CONSIDERACIONES FINALES**

En efecto, la consecuencia inmediata y lógica, previa a la declaración de nulidad del acto administrativo, es la suspensión de sus efectos, dado que de lo contrario sería aceptar que, pese a comprobar la existencia de ilícito o fraude en la obtención de un derecho, la Administración se encuentre obligada a mantenerlo hasta que se declare la nulidad.

---

<sup>1</sup> Morón Urbina, Juan Carlos. 2014. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*. Editorial Gaceta Jurídica, 622-623.



## BIBLIOGRAFÍA

Morón Urbina, Juan Carlos (2014). *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo general*. Editorial Gaceta Jurídica.

# Apuntes importantes respecto de la ejecución de beneficios que otorga la Ley N° 27803 - Ceses Colectivos

**OLIVIA KARINNA RÍOS POZO**

Procuradora Pública del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

## I. INTRODUCCIÓN

**P**asaron más de seis años para que, mediante Ley N° 30484, se reactive nuevamente la Comisión Ejecutiva creada por la Ley N° 27803 con el fin de revisar las reclamaciones interpuestas contra la Resolución Suprema N° 028-2009-TR, aplicando el criterio de analogía vinculante, y se proceda así a la ejecución de los beneficios referidos a la reincorporación o reubicación laboral, así como al pago de la compensación económica, pudiendo voluntariamente cambiar a la opción de compensación económica o jubilación adelantada<sup>1</sup>.

A fin de lograr un adecuado y razonable cumplimiento de lo estipulado en la Ley N° 30484, se establecieron medidas complementarias que permitieran lograr los objetivos de dicha norma, por lo cual se expide el Decreto Supremo N° 11-2017-TR.

Es así que la comisión, en uso de sus facultades, procedió a revisar los expedientes de aquellos extrabajadores que fueron declarados aptos para ser objeto de revisión, al demostrar haber cumplido con interponer su reclamo contra la Resolución Suprema N° 028-2009-TR, en el plazo establecido para realizar dicho acto, esto es, hasta el 06 de julio de 2016. La comisión concluyó su trabajo con la emisión de la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR, conteniendo la última lista de extrabajadores a ser inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente (RNTCI), por lo que a fin de determinar los alcances del citado Decreto Supremo N° 11-2017-TR se emite el Decreto Supremo N° 11-2018-TR.

Ahora bien, con dicha normativa se pretende regular la ejecución de los beneficios de los extrabajadores inscritos en el RNTCI y poder cumplir con aquellos be-

---

<sup>1</sup> Ley N° 30484.- Ley de reactivación de la comisión ejecutiva creada por la Ley N° 27803, que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las leyes N° 27452 y N° 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada, las entidades del sector público y los gobiernos locales Publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el día 06/07/2016.



neficiados que no pudieron ejecutar los beneficios a los cuales se acogieron; sin embargo, conforme veremos más adelante, si bien existe un derecho reconocido, la ejecución de los beneficios no ha sido satisfecha al día de hoy por diversos motivos, teniendo presente que se han cumplido con los plazos para incorporar a los beneficiarios que optaron por la reincorporación o reubicación laboral y que han sido inscritos en el RNTCI con la emisión del último listado, así como también a aquellos extrabajadores cuyos derechos no han sido ejecutados hasta la fecha. Asimismo, se han cumplido los plazos para que los beneficiarios que optaron por la reincorporación o reubicación laboral puedan voluntariamente cambiar a la opción de compensación económica o jubilación adelantada<sup>2</sup>.

## II. DECRETO SUPREMO N° 011-2017-TR

Con la emisión del citado decreto supremo se establecieron las medidas complementarias para la mejor aplicación de la Ley N° 30484, Ley de reactivación de la Comisión Ejecutiva; sin embargo, la citada Comisión Ejecutiva ejerció su función, desde su instalación realizada el día 31 de agosto de 2016, conforme al Acta de Instalación que puede apreciarse en el portal Web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo<sup>3</sup>. Dicha comisión culminó su trabajo con la emisión de la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 17 de agosto de 2017, que dispuso la publicación de la última lista de extrabajadores que, conforme a las atribuciones de la Comisión Ejecutiva creada por la Ley N° 27803 y reactivada por la Ley N° 30484, deben ser inscritos en el RNTCI, resultando favorecidos 8,855 extrabajadores.

Como ya se indicó, no solamente es objeto de la Ley N° 30484 revisar las reclamaciones interpuestas contra la Resolución Suprema 028-2009-TR, sino también la ejecución de los beneficios de reincorporación y reubicación laboral, así como el cambio de opción de beneficio por el de compensación económica o jubilación adelantada.

### a. Incorporación

La incorporación dispuesta en el literal b) del artículo 2 de la citada norma solo corresponderá a quienes tienen el derecho de reincorporación o reubicación laboral reconocido en sede administrativa o judicial (que, hasta la fecha, no ha sido ejecutado), así como a aquellos que fueron inscritos en el RNTCI mediante la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR y hayan optado por la incorporación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la Ley N° 27803, modificada por la Ley N° 28299 y ampliada por la Ley N° 29059, la incorporación de los

---

<sup>2</sup> Ídem.

<sup>3</sup> Recuperado en: [http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/dgt/secretariatecnica/ActaInstalacion\\_ComisionEjecutiva\\_LeyN30484.pdf](http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/dgt/secretariatecnica/ActaInstalacion_ComisionEjecutiva_LeyN30484.pdf)

extrabajadores inscritos en el RNTCI está sujeta a la disponibilidad de plazas presupuestadas vacantes. Las entidades pueden hacer uso de las facultades previstas en el artículo 4<sup>4</sup> de la Ley N° 30484.

Para acceder al beneficio de reincorporación o reubicación laboral no se debe haber alcanzado la edad de jubilación legal.

Un gran problema generado luego de haber optado por el beneficio de la reincorporación o reubicación laboral es ejecutar dicho beneficio. Entendemos por problema la dificultad que tienen a la fecha los extrabajadores de poder acceder a una plaza vacante y presupuestada en las diferentes entidades estatales, lo que motivó que recurran a la vía judicial para poder efectivizar dicho beneficio.

Sin embargo, la norma prevé dicha situación, disponiendo que se exonere de las normas de austeridad a las entidades intervinientes y autorizándose inclusive la modificación de sus instrumentos de gestión institucional; no obstante, a la fecha algunas instituciones han manifestado dificultad para ejecutar dicho beneficio, ateniéndose a temas presupuestales o negativa del Ministerio de Economía y Finanzas a autorizar la creación de una nueva plaza presupuestada y vacante.

Es decir, el espíritu de la norma era la ejecución inmediata de dicho beneficio, sin que exista razón que justifique su no ejecución y tener que evitar que los extrabajadores ahora beneficiarios tengan que recurrir a la vía judicial y alcanzar justicia, lo cual no se ha venido cumpliendo en algunos casos.

## **b. Cambio de opción de beneficio a compensación económica o de jubilación adelantada**

Es preciso indicar que luego de la publicación de la Resolución Suprema N° 028-2009-TR (cuarta lista), se emitió la Resolución Suprema N° 089-2010-TR, mediante la cual el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo puso fin al Programa Extraordinario de Acceso de Beneficios, esto es, el proceso de reincorporación y reubicación laboral de la Ley N 27803.

Sin embargo, habiendo transcurrido más de ocho años, muchos de aquellos beneficiarios ya han alcanzado la edad de jubilación, por lo que a fin de que puedan acceder a algún otro beneficio se precisó la oportunidad de acceder a otro beneficio (compensación económica).

---

### **4 Artículo 4. Exoneración de normas de austeridad**

Exonérase de las normas de austeridad a las entidades del Estado que tengan que ejecutar las opciones de la Ley 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las Leyes N° 27452 y N° 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y en las entidades del sector público y gobiernos locales; y de la Ley N° 29059, Ley que otorga facultades a la Comisión Ejecutiva creada por la Ley N° 27803 para revisar los casos de ex trabajadores que se acojan al procedimiento de revisión por no inclusión en la Resolución Suprema N° 034-2004-TR; a los beneficiarios, que aún no han obtenido su beneficio, así como a los que resulten beneficiarios del presente proceso de revisión, autorizándose inclusive la modificación de sus instrumentos de gestión institucional.

El cambio voluntario de opción de beneficio previsto en el literal c) del artículo 2 del Decreto Supremo corresponde a quienes hayan obtenido los beneficios de reincorporación o reubicación laboral mediante procedimiento administrativo o proceso judicial. La elección es alternativa y excluyente, y puede ejercerse por única vez.

### III. ENCARGADO DEL CUMPLIMIENTO DE LA EJECUCIÓN DE BENEFICIOS

Conforme a las facultades conferidas por el artículo 7° de la Ley N° 27803 —ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las leyes N° 27452 y N° 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada, en las entidades del sector público y los gobiernos locales—, el cual establece que la implementación, conformación y ejecución del Programa Extraordinario de Acceso a Beneficios y del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente estará a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, dichas facultades han sido asignadas a la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, vía Resolución Ministerial N° 009-2017-TR<sup>5</sup>.

### IV. DECRETO SUPREMO N° 011-2018-TR

Con el fin de lograr el cumplimiento de lo estipulado en la Ley N° 30484, se expidió el Decreto Supremo N° 011-2017-TR, el cual estableció reglas generales y precisiones para lograr los objetivos de dicha norma, por lo que era necesario emitir medidas complementarias que contribuyan a dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en la Ley N° 27803 y en la Ley N° 30484, de acuerdo con la facultad que le corresponde al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo como responsable del Programa Extraordinario de Acceso a Beneficios y del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente. Así, entonces, se emitió el Decreto Supremo N° 011-2018-TR, publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, con fecha 21 de octubre de 2018.

Esta nueva normativa amplió el plazo establecido para la ejecución de los beneficios, plazo que vencía indefectiblemente el día 17 de enero de 2019. Vencido el plazo, las entidades y empresas del Estado obligadas comunican al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en un plazo de diez días hábiles el cumplimiento de la ejecución del beneficio, adjuntando la relación de trabajadores incorporados. De igual forma sucede respecto de los otros beneficios.

---

<sup>5</sup> Aprueban Lineamiento Operativo que establece los procedimientos y órganos competentes para la aplicación de la Ley N° 30484 – Publicado en el *Diario Oficial El Peruano* 24 de enero de 2017.

## a. Plazo para la ejecución del beneficio de reincorporación o reubicación laboral

El artículo 3 de la Ley N° 27803 establece que los extrabajadores inscritos en el RNTCI podrán optar de manera excluyente por alguno de los beneficios previstos por la misma, siendo uno de ellos el beneficio de reincorporación o reubicación laboral.

Respecto del beneficio de reincorporación laboral, se entiende que se ejecuta en la entidad o empresa en la cual se produjo el cese; sin embargo, los problemas que se han venido suscitando han sido respecto de la ejecución del beneficio de reubicación laboral.

Sobre el particular, cabe señalar como antecedente que los artículos 10° y 11° de la Ley N° 27803<sup>6</sup> disponen la reubicación en otras empresas del Estado como una de las medidas resarcitorias en favor de los extrabajadores estatales cesados irregularmente u obligados a renunciar compulsivamente a aquellas empresas del Estado que hubieran sido privatizadas o liquidadas a la fecha de publicación de dicha norma.

De manera complementaria, y tomando en consideración el retraso en la ejecución del derecho al beneficio de reubicación, el artículo 2° de Ley N° 30484 (vigente desde el 7 de julio de 2016) dispuso que, en un plazo de sesenta días hábiles, se reincorporara a los beneficiarios que optaron por la reincorporación o reubicación laboral, cuyos derechos no habían sido ejecutados hasta la fecha. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 011-2017-TR (vigente desde el 22 de junio de 2017) se establecieron normas complementarias para una mejor ejecución de la ley referida, entre las cuales se determinó (artículo 2°) que dicho plazo de reincorporación de sesenta días hábiles se contaba a partir de su vigencia.

---

6 Ley N° 27803, Ley que implementa las recomendaciones derivadas de las comisiones creadas por las leyes N° 27452 y N° 27586, encargadas de revisar los ceses colectivos efectuados en las empresas del Estado sujetas a procesos de promoción de la inversión privada y en las entidades del sector público y los gobiernos locales.

“Artículo 10.- De la Reincorporación o reubicación laboral en las empresas del Estado

Las empresas que fueron sometidas a procesos de promoción de la inversión privada, en las que el Estado continúe teniendo participación accionaria mayoritaria a la fecha de publicación de la presente Ley, procederán a reincorporar a los ex trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley que se encuentren debidamente registrados que cuenten con plazas presupuestadas vacantes y previa capacitación. En caso de que, las empresas donde laboraban dichos ex trabajadores hubieran sido privatizadas o liquidadas a la fecha de publicación de la presente ley, se les podrá reubicar en las demás empresas del Estado que cuenten con las respectivas plazas presupuestadas vacantes y previa capacitación”.

“Artículo 11°.- De la Reincorporación o reubicación laboral en el Sector Público y Gobiernos Locales

Reincorpórese a sus puestos de trabajo o reubíquese en cualquier otra entidad del Sector Público y de los Gobiernos Locales, según corresponda al origen de cada trabajador, sujeto a la disponibilidad de plazas presupuestadas vacantes de carácter permanente correspondientes, a los ex trabajadores de las Entidades del Estado comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, que fueron cesados irregularmente u obligados a renunciar compulsivamente según lo determinado por la Comisión Ejecutiva creada en el artículo 5° de la presente Ley”.

En esa misma línea, el Decreto Supremo N° 011-2018-TR determinó los alcances del Decreto Supremo N° 011-2017-TR, disponiendo, entre otras cosas, la derogación de los siguientes artículos:

Artículo 4.- De las competencias del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 27803, para el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley N° 30484, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es competente para:

4.1 Tramitar las solicitudes de los extrabajadores que obtuvieron el reconocimiento del beneficio de reincorporación o reubicación laboral, ya sea por la vía administrativa o judicial, y que hasta la fecha no han sido ejecutados sus derechos. El plazo para la presentación de esta solicitud será de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de publicación del presente Decreto Supremo (...)

Artículo 8.- Incorporación

(...) De acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la Ley N° 27803, modificada por la Ley N° 28299 y ampliada por la Ley N° 29059, la incorporación de los ex trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente está sujeta a la disponibilidad de plazas presupuestadas vacantes. Las entidades pueden hacer uso de las facultades previstas en el artículo 4 de la Ley N° 30484 (...)

Artículo 10.- Ejecución de los beneficios.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 7 de la Ley N° 27803, para la ejecución de los literales b) y c) del artículo 2 de la presente norma, procede de la siguiente manera: (...)

c) Para ejecutar el beneficio de reincorporación o reubicación laboral:

c.1. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo requiere la información de las plazas presupuestadas vacantes de las entidades respectivas, la que debe ser proporcionada en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación del presente Decreto Supremo.

c.2. La información recibida es publicada en el portal institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo ([www.trabajo.gob.pe](http://www.trabajo.gob.pe)) en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles de vencido el plazo expuesto en el literal c.1. Dicha información será publicada, por un plazo de diez (10) días hábiles, para información de los beneficiarios.

c.3. En el plazo indicado en el literal anterior se remite la relación de beneficiarios correspondientes a las entidades de cese de los ex trabajadores que tengan plazas presupuestadas vacantes.

c.4. En caso la entidad haya sido objeto de fusión o absorción, deberá remitirse la comunicación a la entidad absorbente que tuviera plaza presupuestada vacante.

c.5. De no existir a la fecha la entidad de cese, la comunicación será derivada a alguna correspondiente al mismo sector de origen, en la cual existan plazas presupuestadas vacantes.

c.6. El ex trabajador que no haya sido incorporado, luego de haberse efectuado lo anteriormente mencionado, o por no contarse con plazas presupuestadas y vacantes,

podrá cambiar su opción de beneficio a la compensación económica en un plazo de diez (10) días hábiles de vencido el plazo de publicación establecido en el literal c.2.

Compete a dichas entidades, con las plazas presupuestadas vacantes existentes, ejecutar el beneficio de reincorporación o reubicación laboral, de acuerdo a lo previsto por la Ley N° 27803, sus normas reglamentarias y complementarias (...)

- **Reubicación en entidades del sector de origen**

Debe tenerse en cuenta que, para el caso de las empresas del Estado, si se continúa teniendo participación accionaria mayoritaria en las empresas que fueron sometidas a proceso de promoción de la inversión privada a la fecha de publicación de la ley, se reincorporará a los extrabajadores debidamente registrados que cuenten con plaza presupuestada vacante, además de la previa capacitación. Por el contrario, si hubiesen sido privatizadas o liquidadas, se les podrá reubicar en las demás empresas del Estado que cuenten con las respectivas plazas presupuestadas vacantes y previa capacitación.

Para los casos del sector público y de los gobiernos locales se reincorporan a sus puestos de trabajo o reubicar en cualquier otra entidad del sector público y de los gobiernos locales, según corresponda el origen de cada trabajador y de acuerdo al criterio expuesto previamente. También se verificará la disponibilidad de las plazas presupuestadas para las vacantes de carácter permanente que correspondan.

Ahora bien, tenemos que verificar qué se entiende por “sector de origen”, lo cual debe ser tomado en cuenta por los beneficiarios y ha sido considerado para proceder a su reubicación, por lo que se define a “sector” como el conjunto de organismos con propósitos comunes que realizan acciones referidas a la gestión gubernamental.

Debe agregarse que la Ley N° 30484 le asigna al Estado peruano, y por lo tanto a todas las entidades públicas, la obligación de culminar la ejecución de los beneficios que otorga la Ley N° 27803, entre ellos el de reincorporación o reubicación laboral, en favor de quienes siendo beneficiarios de los anteriores listados hasta la fecha de emisión de la ley no han ejecutado su beneficio. De otro lado, se debe ejecutar el beneficio de quienes ingresaron al RNTCI con la publicación de la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR.

A manera de ejemplo, tenemos el caso de aquellos extrabajadores inscritos en el RNTCI mediante la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR de fecha 14 de agosto de 2017. Dichos extrabajadores cesaron en el exprograma Sistema Nacional de Cooperación Popular (COOPO), optando por el beneficio de la reincorporación o reubicación laboral, los cuales fueron comunicados para la ejecución del citado beneficio, en atención al cumplimiento de lo dispuesto por la Ley N° 30484, al Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social (FONCODES). Por ello, a fin de dar cumplimiento con lo comunicado por la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la citada

entidad realizó los ajustes presupuestarios para poder cumplir con la ejecución del citado beneficio, en atención a que este mandato se encuentra amparado por la ley, tal como lo establece el artículo 4° de la Ley N° 30484, por lo que la reubicación se ha venido realizando en las entidades del mismo sector en el cual desempeñó su labor el extrabajador.

- **Plazo para la ejecución del beneficio de reincorporación y/o reubicación laboral**

El plazo para la ejecución del beneficio de reincorporación o reubicación laboral, establecido en el inciso b) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR, se computa a partir de la vigencia del Decreto Supremo N° 011-218-TR<sup>7</sup> para el caso de los extrabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, por efecto de la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR, expedida en virtud del inciso a) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR y del artículo 1 de la Ley N° 30484.

Debido al retraso en la ejecución de los derechos de aquellos extrabajadores estatales cesados irregularmente, quienes optaron válidamente por el beneficio de reincorporación o reubicación laboral, la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo nuevamente remitió comunicaciones a todas las entidades y empresas del Estado para que cumplan con la ejecución de dicho beneficio.

Ante el incumplimiento y negativa de parte de las entidades y empresas del Estado, pese a haberse vencido los plazos administrativos, varios extrabajadores se han visto en la obligación de recurrir a la vía judicial para poder ejecutar dicho beneficio. Algunos lo han logrado a través de la solicitud de medidas cautelares a su favor y otros han visto reconocido su derecho mediante fallos judiciales, en los que el órgano jurisdiccional reconoce que es la empleadora del actor la obligada a dar cumplimiento a la ejecución de beneficio de reincorporación o reubicación laboral, pero excluyendo del proceso al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

El plazo para la ejecución del beneficio de reincorporación o reubicación laboral al que se hace referencia culminó el día 17 de enero de 2019.

- **Plazo para comunicar ejecución de beneficio de reincorporación y/o reubicación laboral y responsabilidades en caso de incumplimiento**

Al término del plazo establecido en el párrafo 2.1 del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-218-TR, las entidades y empresas del Estado obligadas comunican al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles respecto de la ejecución del beneficio, adjuntando la relación de trabajadores incorporados.

---

<sup>7</sup> Publicado en el *Diario Oficial El Peruano* con fecha 21 de octubre de 2018.



En caso no se cumpla con la ejecución del citado beneficio, de acuerdo con la normativa reseñada el MTPE, a través de la Dirección General de Políticas de Inspección del Trabajo, comunica el incumplimiento de las obligaciones señaladas en los párrafos 2.1 y 2.2 del citado artículo a la Oficina de Control Interno competente, a efectos de hacer efectiva la responsabilidad a que se refiere el artículo 6 de la Ley N° 30484.

El plazo para comunicar el cumplimiento de la ejecución del beneficio, adjuntando la relación de trabajadores incorporados al que se hace referencia, culminó el día 31 de enero de 2019.

- **Plazo para cambio de beneficio**

El plazo para el cambio de beneficio, establecido en el inciso c) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR, se computa a partir de la vigencia del Decreto Supremo N° 011-2018-TR para el caso de los extrabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, por efecto de la Resolución Ministerial N° 142-2017-TR, expedida en virtud del inciso a) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 011-2017-TR y de conformidad con el artículo 3 de la Ley N° 30484.

Es preciso indicar que los extrabajadores que no han podido efectivizar el beneficio al cual accedieron, como la reincorporación, en su gran mayoría, pueden realizar el cambio de opción de beneficio por el de compensación económica o jubilación adelantada.

Se ha visto el caso de extrabajadores que recurrieron a la vía judicial para poder ejecutar el beneficio de reincorporación tras haber alcanzado la edad de jubilación obligatoria. Entiéndase al respecto que, conforme lo señala el artículo 16° (literal f) del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), la jubilación constituye causa de extinción de la relación laboral, en concordancia con el artículo 21° de la LPCL, la misma que establece que la jubilación es obligatoria y automática en caso el trabajador cumpla los setenta (70) años de edad, salvo pacto en contrario. Siendo esto así, si bien es cierto que dichos extrabajadores han podido obtener el derecho de reincorporación e incluso una sentencia con calidad de cosa juzgada que ordena tal reincorporación, también lo es que a la fecha su situación legal ha cambiado, por lo que siendo una persona de setenta años de edad, de acuerdo a ley debe jubilarse y cesar en las labores al no existir pacto en contrario. Por lo tanto, al ser inejecutable el otorgamiento del beneficio de reincorporación, se precisó la opción de cambio de beneficio.

## **V. DECRETO SUPREMO 010-2019-TR**

Teniendo en cuenta la problemática de aquellos trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente, que a pesar del tiempo transcurrido y de la normatividad señalada no habrían sido reubicados o reincorporados por las entidades estatales, el Gobierno emitió el Decreto Supremo



N° 010-2019-TR, de fecha 09 de julio de 2019, mediante el cual se establecen reglas excepcionales para que los extrabajadores inscritos en el RNTCI puedan acceder al beneficio de compensación económica.


Dicha norma establece que el MTPE debe aprobar el formato de solicitud de acceso al citado beneficio en un plazo de cinco (05) días hábiles. Posteriormente, en un plazo de treinta (30) días hábiles de publicado el formato de solicitud, aquellos extrabajadores que opten por acogerse al beneficio de la compensación económica deberán presentar el formato debidamente suscrito.

Vencido el periodo establecido en el inciso anterior, el MTPE, en el plazo de treinta (30) días hábiles, publica el listado de aquellos extrabajadores habilitados para el pago de su compensación económica.

Mediante este decreto supremo se ha buscado incluir a aquellos trabajadores que fueron cesados irregularmente, comprendidos en los listados y que optaron por la reincorporación laboral y hasta la fecha no han sido reincorporados, pues si bien ya existía la compensación económica para quienes hayan sido despedidos de forma irregular, esta reciente norma ahora incluye a quienes a pesar de haber optado por la reincorporación laboral, al no haberse ejecutado este beneficio, decidan verse beneficiados por la compensación económica, estableciendo además que la base de cálculo es la remuneración mínima vital vigente, que actualmente asciende a S/ 930, pudiendo cada trabajador recibir dos sueldos mínimos por cada año acreditado de trabajo en la empresa, hasta un máximo de 15 años.

## VI. CONCLUSIONES

- Es objeto de la Ley N° 30484 no solo revisar las reclamaciones interpuestas contra la Resolución Suprema 028-2009-TR, sino también la ejecución de los beneficios de reincorporación y reubicación laboral, así como el cambio de opción de beneficio por el de compensación económica o jubilación adelantada.
- Con el fin de lograr el cumplimiento de lo estipulado en la Ley N° 30484, se expidió el Decreto Supremo N° 011-2017-TR, el cual estableció reglas generales y precisiones para lograr los objetivos de dicha norma, por lo que era necesario emitir medidas complementarias que contribuyan a dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en la Ley N° 27803 y en la Ley N° 30484, de acuerdo con la facultad que le corresponde al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo como responsable del Programa Extraordinario de Acceso a Beneficios y del Registro Nacional de Trabajadores Cesados Irregularmente. Así entonces, se emitió el referido Decreto Supremo N° 011-2018-TR, publicado en el *Diario Oficial El Peruano*, con fecha 21 de octubre de 2018.
- Con la emisión del Decreto Supremo N° 011-2018-TR se amplía el plazo establecido para la ejecución de los beneficios, plazo que venció indefectiblemente el día 17 de enero de 2019. Vencido el plazo, las entidades y empresas



del Estado obligadas comunican al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en un plazo de diez días hábiles, el cumplimiento de la ejecución del beneficio, adjuntando la relación de trabajadores incorporados. De igual forma, sucede respecto de los otros beneficios.

- Las entidades y empresas del Estado deben dar cumplimiento a la ejecución del beneficio de reincorporación y/o reubicación laboral, además de haber sido exoneradas de las normas de austeridad, tal como lo señala el artículo 4° de la Ley N° 30484, que expresamente indica que se exonera de las normas de austeridad a las entidades del Estado que tengan que ejecutar las opciones de la Ley 27803, indicando también que se ejecute el beneficio en favor tanto de los beneficiarios que aún no lo han obtenido como de los que resulten beneficiarios del presente proceso de revisión, autorizándose inclusive la modificación de sus instrumentos de gestión institucional.
- A fin de atender los casos de extrabajadores cesados irregularmente que a la fecha no han ejecutado el beneficio de la reubicación o reincorporación laboral, o los casos de aquellos que han alcanzado la edad de jubilación, el gobierno emitió el Decreto Supremo N° 010-2019-TR, que en forma excepcional faculta a estos trabajadores para optar por el beneficio de compensación económica. Este proceso se encuentra vigente.





El Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado peruano avanza con paso firme hacia su fortalecimiento y la Procuraduría General del Estado (PGE), ente rector de dicho sistema, ejerce un rol fundamental en tal proceso. Esa es la razón por la que este primer número de la Revista Jurídica de la PGE dedica sus primeras páginas a ampliar y profundizar diversos aspectos relativos al rol de la Procuraduría General del Estado. Asimismo, a lo largo de sus subsiguientes páginas se recogen las valiosas experiencias tanto del ámbito internacional como nacional referentes al quehacer de la defensa jurídica del Estado.