

Capítulo II

CONCEPTOS BÁSICOS

1. Sujeto activo del PAD

1.1. Connotación de servidor

El servidor civil, para efectos del procedimiento disciplinario, es el sujeto activo del PAD, es decir, aquella persona que con el despliegue de una conducta (acción u omisión) configura una falta típica, antijurídica y culpable, la cual amerita una sanción disciplinaria previo procedimiento. El estatus de servidor civil requiere satisfacer 2 requisitos: temporalidad y régimen laboral.

133

En ese marco, es necesario enfatizar que la condición de servidor civil se adquiere al momento de la comisión de los hechos pasibles de imputación disciplinaria (*requisito de temporalidad*), indistintamente si una vez instaurado el PAD su vínculo laboral finalice en cualquier etapa del procedimiento (renuncia, no renovación, término de contrato, entre otras causales). Por lo tanto, para efectos del PAD, seguirá siendo tratado como servidor civil. Para mayor ilustración, se formula el siguiente ejemplo:

Janio es especialista de la Oficina de Abastecimiento de la entidad pública «A». Su superior jerárquico decidió instaurarle un PAD debido a una presunta negligencia en el marco de un proceso de selección por adjudicación simplificada. En ese ínterin, Janio decide renunciar, a fin de aceptar una propuesta laboral como personal de confianza en la entidad pública «B». Semánti-

camente, resultaría factible afirmar que Janio es un *ex servidor*; sin embargo, para efectos del PAD, será tratado durante todo el procedimiento como un servidor civil. Toda vez que, al momento de la comisión de los hechos objeto de la imputación disciplinaria, Janio tenía la condición de servidor, es decir, su desvinculación no implica variar su estatus procesal.

En cuanto al *requisito de régimen laboral*, para efectos del PAD, los servidores civiles son aquellas personas que prestan servicio en todas las entidades del Estado independientemente de su nivel de gobierno, cuyo régimen debe estar regulado por los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 – CAS, así como aquellos servidores que ya transitaron al régimen regulado por la LSC (ver Cuadros 8 y 9).

1.2. Connotación de *ex servidor*

134

Durante muchos años, (desde el mes de setiembre de 2014 hasta primer semestre de 2016), los gestores de recursos humanos, las Secretarías Técnicas – PAD y los operadores del régimen disciplinario entendían el término *ex servidor* desde el punto de vista semántico. Es decir, se entendía como aquella persona que, una vez iniciado el PAD o durante el trámite de este, ya no prestaba servicios de manera efectiva a favor de la entidad, por lo que adquiriría la condición de *ex servidor*. Este error conceptual generó varias contingencias (nulidades) en el trámite de los PAD, pues el plazo de prescripción para un *ex servidor* es mayor al plazo otorgado para un servidor civil.

Recién con la modificación de la Directiva – PAD (23 de junio de 2016)¹²⁶, el ente rector del SAGRH delimita formalmente la connotación jurídica de término *ex servidor* para efectos del PAD y establece que, una persona es procesada

¹²⁶ Modificación formalizada mediante la Resolución de Presidencia Ejecutiva 092-2016-SERVIR-PE.

como *ex servidor* cuando se cumpla los siguientes presupuestos: i) cuando no tenga vínculo laboral vigente al momento de la comisión de los hechos objeto de imputación; y, ii) cuando la imputación de la falta se sustente en la configuración de las restricciones del art. 262 del TUO de la LPAG.

En ese sentido, la condición de servidor o *ex servidor* en el PAD regulado por la LSC se adquiere en el momento que ocurren los hechos pasibles de responsabilidad administrativa disciplinaria. Así, dicha condición no varía, para efectos del PAD, con la desvinculación en el caso de los servidores o con el reingreso en el caso de los *ex servidores* a la administración pública.

Por otro lado, es importante mencionar que la prognosis de sanción de los *ex servidores* solo puede ser la inhabilitación para el reingreso al servicio civil hasta por 5 años conforme lo establecido en el art. 102 del Reglamento General de la LSC y no se admite la imposición de otro tipo de sanciones disciplinarias (amonestación, suspensión o destitución), pues, de lo contrario, el PAD es declarado nulo por vulneración al principio de legalidad y subyacentemente de tipicidad.

135

La figura del *ex servidor* bajo el ámbito del PAD conlleva complicaciones en la interpretación y aplicación, pues, al finalizar el vínculo laboral por cualquier causal prevista en la norma, se entiende que deben extinguirse las prestaciones recíprocas de las partes que componen el vínculo laboral, incluido el poder de dirección de la entidad (reglamentación, fiscalización y sanción) en su calidad de empleador.

Sin embargo, en este extremo, es oportuno advertir una de las diferencias más destacadas que existe entre un trabajador del sector privado y un servidor civil que presta servicios a favor del empleador público. En efecto, el primero, ante la finalización del vínculo laboral, conlleva también la extinción

de cualquier ejercicio de potestad disciplinaria en contra del servidor, salvo responsabilidades penales o civiles; en cambio, el segundo, ante la extinción del vínculo laboral, el servidor civil se encuentra sujeto al deslinde de responsabilidades disciplinarias susceptibles a sanciones administrativas, reproche disciplinario que se encuentra sustentada en el fenómeno denominado *puerta giratoria*.

El fenómeno de las puertas giratorias, como bien señala Elisa de la Nuez¹²⁷, se caracteriza por un movimiento de entrada y salida del sector privado al público y del público al privado de las personas que han ocupado altas responsabilidades en las instituciones del Estado. En el modelo peruano, la condición cualitativa para ser considerado como sujeto activo en el marco de este fenómeno es tener la condición de autoridad (num. 262.1 del art. 262 del TUO de la LPAG).

136

Cabe destacar, además, que este fenómeno no es nuevo ni resulta ser una creación especial de los legisladores peruanos. Una prueba objetiva de ello, es un estudio realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en 2009 sobre el fenómeno del *Revolving Door*¹²⁸, donde se demuestra que el 75 % de los altos cargos en Reino Unido proviene de la empresa privada, es decir, dichas personas aprovechan su experiencia y tiempo de prestación de servicio por el sector público para ampliar el *networking* indebido, conocer el funcionamiento de las administraciones, la debilidad de los procesos, y luego retornan a sus empresas para seguir vigilando sus intereses.

¹²⁷ SÁNCHEZ CASCADO, Elisa de la Nuez. «El fenómeno de las puertas giratorias». En *Economía*, núm. 10 (2016), pp. 294-296.

¹²⁸ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *Revolving Doors: Emerging Regulatory Concerns And Policy Solutions In The Financial Crisis*. París: OCDE, 2009. Disponible en: <bit.ly/3NsnZng>

De este modo, una exautoridad durante el año siguiente al término de su vínculo laboral tiene la obligación extracontractual de acatar ciertas restricciones¹²⁹ respecto a su exempleador (entidad pública); de lo contrario, es susceptible de ser sometido a un PAD bajo los alcances de la LSC y sus normas complementarias a pesar de que al momento de la configuración material de la referida restricción ya no exista vínculo laboral vigente.

A razón de todo lo expuesto, para ser considerado como *ex servidor* bajo el ámbito del PAD, es indispensable cumplir con los siguientes presupuestos:

- a) **Condición laboral:** Al momento de la comisión de los hechos objeto de imputación, el presunto infractor tiene que encontrarse desvinculado de la entidad.

¹²⁹ Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del procedimiento administrativo general, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS: «Artículo 262.- Restricciones a ex autoridades de las entidades

262.1 Ninguna ex autoridad de las entidades podrá realizar durante el año siguiente a su cese alguna de las siguientes acciones con respecto a la entidad a la cual perteneció:

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

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

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

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

- b) **Condición cualitativa:** el presunto infractor tiene que tener la condición de autoridad.
- c) **Tipificación especial:** el reproche disciplinario obedece a la presunta comisión de faltas administrativas contempladas única y exclusivamente como restricciones en el art. 262 del TUO de la LPAG.

Con fines ilustrativos, a continuación, se formula el siguiente ejemplo:

Raúl es vocal de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Donde se viene ventilando en segunda y última instancia administrativa una apelación formulada por la empresa Vaca Lola SA. Dentro del plazo legal, el Colegiado —en conjunto— emite un pronunciamiento final, decisión que resulta favorable para la empresa antes mencionada. A los 6 meses de emitirse dicha resolución, Raúl decide renunciar a fin de incursionar en el sector privado dada su alta especialización en libre competencia, barreras burocráticas, propiedad intelectual, derecho al consumidor, entre otras. A la semana siguiente, recibe una oferta laboral muy atractiva de la empresa Vaca Lola SA, a la cual accede por el puesto y la remuneración propuesta.

138

En este supuesto hipotético, se pregunta lo siguiente: *¿Raúl cometió una falta administrativa que amerite el inicio de un PAD bajo las reglas sustantivas y procedimentales de la LSC y normas complementarias?* Si bien Raúl ya no presta servicios para Indecopi, es decir, al momento de la presunta comisión de los hechos imputados ya no hay prestaciones recíprocas con su anterior empleador, corresponde determinar si debe ser considerado como *ex servidor*. Para brindar una respuesta acertada, es necesario realizar el juicio de subsunción de cada uno de los presupuestos antes mencionados:

Cuadro 10
Condición de ex servidor

Presupuesto para ser considerado <i>ex servidor</i>	Subsunción
Estado situacional del vínculo laboral	Al momento de la presunta comisión de la falta disciplinaria, Raúl se encuentra desvinculado de Indecopi.
Condición cualitativa	Raúl se desempeñaba como vocal de la Sala Especializada en Protección al Consumidor, es decir, fue autoridad administrativa.
Tipificación especial	En el num. 262.1.3 del TUO de la LPAG se establece que ninguna autoridad podrá realizar, durante el año siguiente a su cese, cualquier contrato de modo directo o indirecto con algún administrado apersonado a un procedimiento resuelto con su participación. En la casuística planteada, se advierte que Raúl, en su calidad de exautoridad de un procedimiento administrativo sancionador en contra de la empresa Vaca Lola SA, ahora resulta ser su empleador (luego de haber transcurrido 6 meses desde su desvinculación).

Del juicio de subsunción, es factible concluir que Raúl debe ser sometido a un PAD bajo la condición de *ex servidor* en conformidad con las reglas sustantivas y procedimentales de la LSC y sus normas complementarias.

2. Funcionarios para efectos del PAD

Uno de los errores reiterativos que aún preexisten en el marco del SAGRH es considerar coloquialmente como funcionarios a aquellos servidores que ocupan un puesto directivo o que son responsables de un órgano o unidad orgánica, verbigracia, jefe de la ORH, de asesoría jurídica, de planeamiento y presupuesto, entre otros. Es decir, existe la *concepción errada* de que la condición de funcionario obedece al solo hecho de ocupar un puesto de dirección y/o confianza.

Sin embargo, ello no es correcto, dado que, para efectos del SAGRH, la identificación de funcionario tiene sustento