

COMENTARIOS AL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO SOBRE EL PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA AUTORIDAD QUE DEBE INTERVENIR COMO ÓRGANO INSTRUCTOR EN CASO DE DISCREPANCIA CON LA PROPUESTA OBTENIDA EN EL INFORME DE PRECALIFICACIÓN

La competencia es una figura jurídica trascendental que tiene como fuente el derecho procesal civil, a través de la cual se determinará qué órgano resolverá la controversia presentada, dependiendo de la materia, la valorización o monto del petitorio, la complejidad del mismo, o algún otro criterio de determinación contemplado en la normativa procesal. Sin embargo, sus alcances se extienden a otras especialidades del derecho como al ámbito administrativo y en este caso corresponde verificar esta figura jurídica en el procedimiento disciplinario.

Es así, que se presentan casos especiales en que un órgano determinado dentro de una entidad que viene conociendo un proceso en particular, considera no tener competencia para ello y ante esa situación opta por remitir el expediente del proceso a quién él cree es el competente, pero puede suceder que este último a quien se ha remitido dicho expediente se considere a su vez incompetente, y es así donde se genera el conflicto negativo de competencia. Contrario sensu, podría ocurrir que ambos consideren ser competentes para conocer la materia sometida a su juicio y entonces estaríamos ante la figura de un conflicto positivo de competencia, lo que desarrollaremos más adelante.

En este contexto, es menester señalar que las salas del Tribunal del Servicio Civil han venido conociendo diversos procedimientos en vía de apelación en los que se declara la nulidad por la determinación de la autoridad competente. Ello, hizo necesario revisar quién debe intervenir como órgano instructor y quién como sancionador, en base al Informe de Precalificación que elabora y emite la Secretaría Técnica a cargo de los procesos disciplinarios en una entidad.



**Rosa María
Carrillo Salazar**
(Vocal de la
Segunda Sala del TSC.)

Abogada por la Universidad de Lima, egresada de la maestría de Derecho Civil con mención en Familia de la UNIFÉ y de la maestría de Gestión Ambiental de la Universidad Ricardo Palma, estudios de post grado en Negociación, Mediación y Solución de Conflictos de la Universidad Castilla la Mancha- España.

Actualmente, es Secretaria Técnica de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN. Miembro del Comité Consultivo de la Revista Gestión y Control de Gaceta Jurídica. Representante de los organismos reguladores ante la Autoridad Nacional de Consumo.

En efecto, conforme lo prescrito en el artículo 92º de la Ley N° 30057, las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario deben contar con el apoyo de un(a) Secretario(a) Técnico(a), que de preferencia debería ser abogado, pudiendo ser un servidor civil de la entidad, en adición a sus funciones, precisándose que no tiene capacidad de decisión y que sus informes u opiniones no son vinculantes.

El rol del (la) Secretario(a) Técnico(a) en el procedimiento administrativo disciplinario se circunscribe a lo siguiente: i) precalificar las presuntas faltas, ii) documentar la actividad probatoria, iii) proponer la fundamentación y administrar los archivos emanados del ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria, así como iv) las demás funciones señaladas en el numeral 8.2 de la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC.

Como parte de dichas funciones, puntualmente en el literal f) del numeral 8.2 de la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC, se señala que el (la) Secretario(a) Técnico(a) debe emitir el informe correspondiente que contiene los resultados de la precalificación, sustentando la procedencia o apertura del inicio del procedimiento e identificando la posible sanción a aplicarse y al órgano instructor competente, sobre la base de la gravedad de los hechos o la fundamentación de su archivamiento (resaltado nuestro).

Tal como se ha indicado en el párrafo precedente, se aprecia que el (la) Secretario(a) Técnico(a) tiene como parte de sus funciones identificar la posible sanción a imponer y, de acuerdo a ello, identificar también al órgano instructor competente que debería dar inicio al procedimiento administrativo disciplinario. Tales propuestas deben estar contenidas en el Informe de Precalificación que se emita y como se ha expuesto, existe la posibilidad que el órgano instructor identificado por el Secretario Técnico se considere no competente para conocer el proceso o que, aun considerándose competente, otro órgano considere que lo es, entre otros supuestos, generándose lo que se llama un conflicto de competencia.

Ante esta situación, en primer lugar, subyace la importancia de verificar las características propias de este tipo de conflicto de competencia, con el objeto de salvaguardar y cautelar el debido proceso. Sobre el particular, el profesor Monroy (2007) expresa que “el derecho en el proceso llamado también debido proceso objetivo o garantía de defensa en juicio, es en realidad el derecho a recibir del Estado prestación de justicia al caso concreto” (p. 458).

Asimismo, el autor español Ortells (2002, citado en Ortiz, 2018, p.8) indica que “no debe descuidarse la consideración de que a ese órgano jurisdiccional y a sus auxiliares - principalmente al secretario- la ley les atribuye potestades y les encomienda las funciones necesarias para que el proceso se desarrolle y termine con la producción de efectos jurídicos determinados”. Con ello nos damos cuenta que es necesario un orden específico y que cada quien cumple con ese rol.

Ahora bien, tal como se ha mencionado, en la medida que no se pueda dilucidar en un procedimiento específico el órgano a cargo de la instrucción del procedimiento disciplinario y del sancionador respectivamente, se estaría vulnerando la garantía que conlleva el debido proceso y con ello se acarrearía la nulidad del mismo y he allí la importancia de resolver el conflicto



de competencia antes descrito y de establecer reglas claras y predecibles que garanticen la observancia del debido proceso antes citado.

Para ello, evaluemos las dos características de la competencia como figura procesal, que de acuerdo a Vilela (2015, citado en Ortiz, 2018, p. 8) son: “la indelegabilidad y la improrrogabilidad de la competencia. Por un lado, la indelegabilidad consiste en la prohibición de que un órgano jurisdiccional traslade a otro órgano el conocimiento de un caso en concreto”. Por otro lado, la improrrogabilidad está referida a la imposibilidad de que las partes puedan por su propio acuerdo, modificar la competencia de los órganos jurisdiccionales prevista en la ley.

En consecuencia, siguiendo a Ortiz (2018):

la improrrogabilidad se trataría de una excepción a la regla general de que las partes pueden modificar la competencia establecida en las normas procesales puesto que, en supuestos normales, se debería permitir la prorrogabilidad cuando así lo permita la ley, siendo así, la competencia que tiene como presupuesto la permisibilidad para prorrogar recibe el nombre de competencia relativa y la que no permitiría modificación alguna sería la competencia absoluta (p.9).

En atención a esta situación, advertimos que la competencia puede ser relativa si se trata de una ley permisiva, pero en materia administrativa, el artículo 249º del TUO de la Ley N° 27444 prescribe que: “el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, **sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto**” (el resaltado es nuestro).

Asimismo, el artículo 93º del Reglamento General de la Ley N° 30057, prevé las autoridades competentes para intervenir en los procedimientos administrativos disciplinarios, conforme al siguiente detalle:

- a) En el caso de la sanción de amonestación escrita, el jefe inmediato instruye y sanciona, y el jefe de recursos humanos, o el que haga sus veces, oficializa dicha sanción.
- b) En el caso de la sanción de suspensión, el jefe inmediato es el órgano instructor y el jefe de recursos humanos, o el que haga sus veces, es el órgano sancionador y quien oficializa la sanción.
- c) En el caso de la sanción de destitución, el jefe de recursos humanos es el órgano instructor, y el titular de la entidad es el órgano sancionador y quien oficializa la sanción.

Además, es necesaria esta determinación sin lugar a dudas para evitar entrar en discusiones que pudiesen ameritar la incursión en un vicio por vulneración al debido proceso. Ello, causaría además una falta de seguridad jurídica, predictibilidad y confianza legítima para todos los involucrados en el procedimiento disciplinario específico.



Como se advierte, el artículo 93º antes citado, determina quienes detentan las facultades instructora y sancionadora en el procedimiento, pero ¿es acaso tan clara la determinación de la sanción a imponer en base a la falta cometida o hay un margen de discrecionalidad que deja abierta la posibilidad de que un órgano considere que la falta es más o menos grave que lo que considera el Secretario Técnico del proceso disciplinario u otro órgano que se identifica como competente? La respuesta está en que existe un problema y se da justamente por esta discrecionalidad entendida como el margen de interpretación en la que **el órgano instructor y el sancionador se determinan en función a la gravedad de la falta y eso deja abierta la posibilidad, sin lugar a dudas, de un conflicto de competencia.**

La discrecionalidad para la determinación de la gravedad de la falta permite entonces que a un órgano le pueda parecer menos grave una falta que al otro o lo contrario y que amerite la imposición de una sanción de amonestación para uno y que la misma falta sea, para otro, tan grave que amerita una sanción de suspensión o de destitución.

En relación a lo anterior, podemos afirmar entonces que los conflictos de competencia no son ajenos a los procesos disciplinarios. De acuerdo a Ortiz (2018):

cuando se hace referencia a los denominados conflictos de competencia, la palabra “conflictos*” nos lleva a pensar que necesariamente existe una incompatibilidad jurídicamente hablando que se da en este caso porque existen dos o más órganos que se disputan el conocimiento de un proceso. Según la doctrina, existe una clasificación en dos tipos de conflicto que antes hemos mencionado: el conflicto positivo de competencia y el conflicto negativo de competencia (p. 21).

Para poder desarrollar estos conceptos, hagamos referencia a la doctrina internacional, ante lo cual encontramos que sobre los conflictos de competencia y sus alcances la Corte Constitucional Colombiana en el Auto 104/04 ha señalado lo siguiente:

Las colisiones de competencia son controversias de tipo procesal en las cuales, varios jueces se rehúsan a asumir el conocimiento de un asunto dada su incompetencia o, por el contrario, pretenden iniciar su trámite por considerar, con base en las funciones detalladas normativamente, que a ambos les asiste dicha atribución. En el primer caso, de trata de un conflicto de competencia negativo y en el segundo a uno de carácter positivo.

Asimismo, sobre la discrecionalidad a la que nos hemos referido anteriormente, Pimiento (2016) indica lo siguiente:

Las normas entonces, encargan tareas precisamente delimitadas a las autoridades públicas para prevenir **interpretaciones y derivaciones** cuyas consecuencias sean la vulneración de derechos a las personas; el margen establecido en la competencia es la distinción entre reglada y discrecional, en la primera la norma instruye exactamente al funcionario en su actuación y **en la segunda le provee un compás de acción.** (resaltado nuestro) (p. 23).



Además, Pimiento (2016) señala que: “Al respecto se ha entendido entonces que en un estado de derecho es la ley la portadora del poder y no sus agentes” (p. 19). Sobre este particular, en la Sentencia C-319/07 de la Corte Constitucional de Colombia se afirma:

En un Estado de Derecho no pueden existir competencias implícitas, por analogía o por extensión, porque ello permitiría que la autoridad pública se atribuya competencias según su voluntad y capricho, trazándose los límites de su propia actividad, invadiendo la órbita de actuación de las otras autoridades, abusando del poder y cercenando los derechos y libertades públicas.

Como puede advertirse, la predictibilidad por ello necesario y obligatorio para un debido proceso y seguridad jurídica, más aún cuando se trata de procedimientos disciplinarios. Así también lo reconoce nuestra legislación donde se consagra como principio el de Predictibilidad y Confianza Legítima recogido específicamente en el Art. IV, numeral 1.15 del Título Preliminar del TUO de la Ley No. 27444- TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En efecto, dicho principio prescribe que:

la autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. (...) La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente.

Ante ello, nos preguntamos ¿Qué pasaría entonces si los administrados no tuviesen claridad sobre el órgano competente a cargo de un proceso del que les toca ser parte? ¿Podrían ejercer válidamente su derecho de defensa que es inherente al debido proceso? La respuesta es negativa, pues la predictibilidad o reglas claras del proceso es la garantía del ordenamiento jurídico que consolida la interdicción de la arbitrariedad y es acorde a la seguridad jurídica en tanto supone la expectativa razonable de la actuación de las autoridades.

La Confianza Legítima consagrada también como parte de este principio, otorga a los administrados el poder de exigir protección jurídica respecto de sus expectativas legítimas, permite entonces, la confianza en la estabilidad de la situación jurídica preexistente que en este caso está referida a conocer válidamente qué autoridad detenta el ejercicio de una facultad determinada en el proceso disciplinario.

En este punto, vale la pena nuevamente citar la doctrina colombiana, en específico hacemos referencia al artículo 34 de la Ley 1437 del año 2011, en la que se expidió el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso colombiano, el cual rige desde el 2 de julio del 2012.

reviste especial importancia y es

En un Estado de Derecho la que gobierna es la ley y por ende no está sujeta a los caprichos del funcionario o de la reglamentación, tal cosa afectaría las reglas de juego entre administradores y administrados, provocando costos sociales en las transacciones de la vida cotidiana de las personas, es pues fundamental que las competencias sean expresas y notorias para las personas, pues en principio garantizan sus libertades, bienes y derechos.



En referencia a ello, Pimiento (2016) opina que:

La garantía de ese principio guarda relación con el de la seguridad jurídica de las personas, esto quiere decir que en un Estado de Derecho la que gobierna es la ley y por ende no está sujeta a los caprichos del funcionario o de la reglamentación, tal cosa afectaría las reglas de juego entre administradores y administrados, provocando costos sociales en las transacciones de la vida cotidiana de las personas, es pues fundamental que las competencias sean expresas y notorias para las personas, pues en principio garantizan sus libertades, bienes y derechos.

Como puede observarse, los conflictos de competencia existen por la discrecionalidad de algunas normas, pero no puede afectarse el derecho de las personas, en este caso de los administrados partícipes de un proceso y es por ello tan importante que se determine con claridad y transparencia quienes detentan la competencia en un proceso, pretensión válida abarcada correctamente en el precedente en análisis cuando se identificó la falta de precisión o claridad para resolver controversias de competencia entre autoridades al interior de las entidades en materia de procesos disciplinarios y la potencialidad de viciar el procedimiento para dar una solución a esta problemática con la finalidad de brindar seguridad jurídica en este importante aspecto.

Al respecto, para una mayor precisión y entendimiento, vale la pena citar el caso contenido en la Resolución N° 001354-2019-SERVIR/TSC-Segunda Sala de la impugnante B.E.O.S sobre suspensión por 90 días sin goce de remuneraciones, ante la comisión de la falta consistente en la inasistencia a su centro de trabajo durante más de tres días consecutivos, tipificada en el inciso j) del artículo 85° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. La referida falta se describe de la siguiente manera:

Son faltas de carácter disciplinario que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con suspensión temporal o destitución, previo proceso administrativo: j) Las ausencias injustificadas por más de tres (3) días consecutivos o por más de cinco (5) días no consecutivos en un periodo de treinta (30) días calendario, o más de quince (15) días no consecutivos en un período de ciento ochenta días (180) calendario.

La norma tipificadora anteriormente citada, deja un margen de acción para determinar si corresponde sancionar a la señora B.E.O.S. con suspensión o destitución, ello claro está, debería ser dentro de los límites de la proporcionalidad y razonabilidad.

En ese sentido, conforme el artículo 93º del Reglamento General de la Ley N° 30057, tenemos que:

- a) En el caso de la sanción de suspensión, corresponde al jefe inmediato de la señora B.E.O.S actuar como órgano instructor y al jefe de recursos humanos de la entidad o el que haga sus veces, actuar como órgano sancionador y ser quien oficializa la sanción o;
- b) De haberse determinado que la falta reviste una mayor gravedad y por tanto



corresponde la sanción de destitución (digamos por ejemplo por reiteración en la comisión de la falta) y que por ello corresponde la sanción de destitución, es el jefe de recursos humanos de la entidad quién debe actuar como órgano instructor, y el titular de la entidad como órgano sancionador y quien oficializa la sanción.

No obstante, conforme a la Resolución N° 001354-2019-SERVIR/TSC-Segunda Sala, mencionada líneas arriba, tenemos lo siguiente:

31. En el presente caso, el procedimiento iniciado en contra de la impugnante se instauró con el Informe N° 06-2019-UE.315-ANTA/AGI, del 10 de enero de 2019, emitida por la Jefatura del Área de Gestión Institucional de la UGEL ANTA, actuando como Órgano Instructor. Por su parte, la sanción de suspensión fue impuesta mediante la Resolución Directoral N° 0240 del 5 de febrero de 2019, emitida por la Dirección del Programa Sectorial III de la UGEL ANTA, actuando como Órgano Sancionador.

32. Al respecto, en el caso materia de controversia, en virtud a la sanción de suspensión impuesta contra el impugnante, es posible apreciar que el Órgano Sancionador no fue el Jefe de Recursos Humanos; conforme prevé la Ley del Servicio Civil y su Reglamento General en cuanto a las autoridades competentes.

33. En tal sentido, en el procedimiento administrativo disciplinario iniciado a la impugnante, han intervenido autoridades que carecían de competencia para llevar a cabo tal procedimiento.

El caso antes citado, fue declarado nulo por el colegiado, de allí la importancia que reviste incurrir en vicios del procedimiento como el de la competencia. Además, si bien la nulidad en el caso concreto se debió a que el jefe de recursos humanos no actuó como órgano sancionador según se contempla en la norma, lo cierto es que también nos permite ejemplificar lo relativo a los conflictos de competencia como escenario potencial, lo que como hemos visto, pueden ocurrir al interno de una entidad.

Por ejemplo, ¿qué hubiese pasado en este proceso si el Secretario Técnico identificó como autoridad instructora al jefe directo de la señora B.E.O.S. dada la sanción de suspensión que considera debe imponerse, pero este, al recibir los actuados, considera que la falta amerita una sanción de destitución y quien debe actuar como autoridad instructora es el jefe de recursos humanos? Ante una situación parecida, no podría dejar de sancionarse una falta disciplinaria conforme al procedimiento que corresponde y menos aún incurrir nuevamente en nulidad del proceso hasta que se determine el órgano competente.

Pero, además, y no menos importante a lo señalado anteriormente, es la clara diferenciación que debe existir entre órgano instructor y el órgano sancionador, a lo que nos referiremos brevemente como un paréntesis necesario y que es, cómo no, un indispensable atributo de la competencia: la imparcialidad de la decisión del órgano competente lo que conlleva a la garantía de un debido proceso.



Al respecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos en el año 1969, señala como garantía lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. 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, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En relación a lo anterior, el numeral 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Perú establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 02678- 2004-AA/TC, fundamento 2, ha señalado que estos principios “no sólo se limitan a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos sancionatorios”.

En el mismo sentido, el fundamento 3 de la Sentencia manifiesta que:

el derecho reconocido en la referida disposición (...) no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, “judicial”, sino que se extiende también a sede “administrativa” y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional (el que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8º de la Convención Americana ([STC]. Exp. N° 02678-2004-AA/TC).

Es así, que desde todo punto de vista debe garantizarse la imparcialidad de quienes deciden por la aplicación de una sanción respecto de quién instruye y es por ello también que debe haber predictibilidad sobre la actuación de cada quién en el procedimiento disciplinario. Pero, la decisión por si misma de nada vale si no está debidamente motivada. Efectivamente, toda decisión alberga el deber de motivación para que el acto tenga validez, si el acto no es motivado, es nulo, y esa motivación del acto, es pues parte de la competencia atribuida, la que, como ya hemos dicho, es lo que garantiza el debido proceso y la seguridad jurídica.

En efecto, una actuación sesgada de vicio, causa inseguridad, por ello tan importante confiar en el correcto ejercicio de la competencia y de su predictibilidad. La competencia para sancionar no es de la Secretaria Técnica, ni del Órgano instructor, es propia del Sancionador y es quién debe motivar su decisión sobre la base de los medios probatorios que obran en el procedimiento o requiriendo la actuación de los que son necesarios para el esclarecimiento del caso, porque es su función exclusiva y no hay delegación de competencias exclusivas (resaltado nuestro).



Las normas de competencia son restrictivas y deben ser claras: no pueden interpretarse de manera flexible o discrecional porque invaden la competencia de otro órgano y las mismas son indelegables pues cada órgano debe motivar su decisión. La imparcialidad es la falta absoluta de conexión previa del órgano con el caso, lo que garantiza una evaluación objetiva del caso, los medios probatorios y la aplicación de la ley. Hay un dicho popular que dice “no basta parecerlo sino serlo”; en el procedimiento sancionador para que la imparcialidad sea clara es fundamental y necesario que la fase de decisión sea exclusiva y excluyente de las anteriores.

Por ello, aunque en este caso, el Secretario Técnico del procedimiento disciplinario o el órgano instructor recomienden una sanción, el único órgano con facultad de motivar y decidir sobre la misma es el órgano sancionador y en ello reviste la importancia de su competencia.

En este punto, pasemos a ver los problemas que se citan en el precedente contenido en la Resolución de la Sala Plena N° 010-2020-SERVIR/TSC, fundamento 21, y que guardan relación con la determinación del órgano competente:

- **Primer Supuesto**

El (la) Secretario(a) Técnico(a) propone la sanción de suspensión temporal sin goce de remuneraciones desde un (1) día hasta doce (12) meses, por lo que la autoridad que debería intervenir como órgano instructor en el procedimiento administrativo disciplinario sería el jefe inmediato; sin embargo, éste no se considera competente y, en cambio, considera que correspondería proponer la sanción de destitución, por lo que la autoridad que debería intervenir como órgano instructor sería el jefe de recursos humanos o el que haga sus veces.

- **Segundo Supuesto**

El (la) Secretario(a) Técnico(a) propone la sanción de destitución, por lo que la autoridad que debería intervenir como órgano instructor en el procedimiento administrativo disciplinario sería el jefe de recursos humanos o el que haga sus veces; sin embargo, éste no se considera competente y, en cambio, considera que correspondería proponer la sanción de suspensión temporal sin goce de remuneraciones desde un (1) día hasta doce (12) meses, por lo que la autoridad que debería intervenir como órgano instructor sería el jefe inmediato.

- **Tercer Supuesto**

El (la) Secretario(a) Técnico(a) propone la sanción de suspensión temporal sin goce de remuneraciones desde un (1) día hasta doce (12) meses, por lo que la autoridad que debería intervenir como órgano instructor en el procedimiento administrativo disciplinario sería el jefe inmediato; sin embargo, el jefe de recursos humanos o el que haga sus veces se considera competente para intervenir como órgano instructor, pues estima que la sanción que correspondería proponer sería la de destitución.

- **Cuarto Supuesto**

El (la) Secretario(a) Técnico(a) propone la sanción de destitución, por lo que la autoridad que debería intervenir como órgano instructor en el procedimiento administrativo disciplinario sería el jefe de recursos humanos o el que haga sus



veces; sin embargo, el jefe inmediato se considera competente para intervenir como órgano instructor, pues estima que la sanción que correspondería proponer sería la de suspensión sin goce de remuneraciones desde un (1) día hasta doce (12) meses.

• **Quinto Supuesto**

El (la) Secretario(a) Técnico(a) propone la sanción de amonestación escrita, por lo que la autoridad que debería intervenir como órgano instructor en el procedimiento administrativo disciplinario sería el jefe inmediato; sin embargo, éste considera que correspondería proponer la sanción de destitución, por lo que la autoridad que debería intervenir como órgano instructor sería el jefe de recursos humanos o el que haga sus veces.

Ante tales supuestos de conflicto de competencia, el precedente hace referencia al numeral 9.2 de la Directiva No 02-2015-SERVIR/GPGSC, donde se ha previsto que los conflictos de competencia que puedan suscitarse al interior de una entidad, deben ser resueltos por la máxima autoridad administrativa de conformidad con lo dispuesto en el TUO de la Ley No 27444, cuyos artículos 93° al 95° reconocen la existencia en el ámbito administrativo de los conflictos de competencia negativos y positivos.

Es así, que el citado precedente pretende dar salida a los problemas antes citados. De manera similar, podemos referir el caso de un conflicto de competencia suscitado en torno a un procedimiento disciplinario en Colombia, que fue conocido por el Consejo de Estado signado con el número 11001-03-06-000-2018-00185-00(C):

El artículo 76 de la Ley 734 de 2002, prevé que todas las entidades del estado deben contar con una oficina del más alto nivel, bajo la estructura que conlleve garantía de doble instancia en los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores (...) De acuerdo con los antecedentes, el presente conflicto de competencias enfrenta a dos autoridades, la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía municipal de Girardot, entidad territorial, y la Procuraduría General de la Nación, entidad del orden nacional- procuraduría Provincial de Girardot. La discusión está planteada en un asunto particular y concreto de naturaleza administrativa, consistente en determinar cuál es la autoridad competente para continuar la investigación disciplinaria iniciada en contra del Docente Directivo, señor Fernando Piza Fernández, por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía municipal de girardot, como consecuencia de las quejas interpuestas en su contra por los funcionarios de la Secretaria de Educación del municipio de Girardot [Consejo de Estado signado con el número 11001-03-06-000-2018-00185-00(C), fundamento 3.2).

Asimismo, en dicha resolución se mencionó que:

los conflictos de competencia que se presenten entre autoridades que deban conocer de una actuación disciplinaria, en cualquiera de sus instancias, se



regulan por el artículo 82 del código Disciplinario Único, que dice (...) el funcionario que se considere incompetente para conocer de una actuación disciplinaria deberá expresarlo remitiendo el expediente en el estado en que se encuentre, en el menor tiempo posible, a quien por disposición legal tenga atribuida la competencia. Si el funcionario a quien se remite la actuación acepta la competencia, avocará el conocimiento del asunto; en caso contrario, lo remitirá al superior común inmediato, con el objeto de que éste dirima el conflicto. El mismo procedimiento se aplicará cuando ambos funcionarios se consideren competentes. El funcionario de inferior nivel, no podrá promover conflicto de competencia al superior, pero podrá exponer las razones que le asisten y aquel, de plano, resolverá lo pertinente (Consejo de Estado signado con el número 11001-03-06-000-2018-00185-00[C], fundamento 4.1).

El caso colombiano antes citado, es además interesante porque en el mismo no cabía la disposición anteriormente citada debido a que las dos partes en conflicto, la Oficina de Control Interno Disciplinario de la Alcaldía Municipal de Girardot y la Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Provincial de Girardot- no tenían un superior común de ninguna índole, por lo que se dispuso:

Dada la imposibilidad de aplicar en este caso el artículo 82 de la Ley 734 de 2002, le corresponde al Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, ejercer su función general de resolver los conflictos de competencias administrativas que se presenten entre dos o más autoridades, entidades u organismos del Estado, en los términos previstos en los artículos 39 y 112, numeral 10 del CPACA. En efecto, el citado artículo 112 relaciona entre las funciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la de: (...) 10. Resolver los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo.

Asimismo, dentro del procedimiento general administrativo, el inciso primero del artículo 39 ibídem estatuye: Conflictos de competencia administrativa. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si esta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional (...). En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales (...) conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Consejo de Estado signado con el número 11001-03-06-000-2018-00185-00[C], fundamento 4.1).

Como puede advertirse del texto anterior, conforme la experiencia colombiana antes citada, al igual que en el precedente sujeto a comentario, es necesaria la determinación de la autoridad que resuelve el conflicto de competencia, que en ese caso es el Consejo de Estado y en el nuestro el de más alta autoridad de la entidad; no obstante, como puede observarse, la solución al conflicto de competencia tiene rango normativo,



situación que debemos tomar en cuenta en relación a este precedente comentado que es un avance importante en el cumplimiento de la predictibilidad, confianza legítima, seguridad jurídica y debido procedimiento que debe otorgarse a los administrados sin perjuicio de revisar si corresponde darle este alcance normativo, que en nuestra opinión sería lo que corresponde.

Asimismo, es importante concluir que la situación de los conflictos positivos y negativos que se puedan suscitar y que han sido expuestos como problemas en el precedente se dan, en otras razones, por la mencionada discrecionalidad o margen de acción proporcionados por la Ley y el Reglamento de Servir al establecer sanciones como la suspensión o destitución para una misma infracción, situación que no se daría si como parte de los parámetros de graduación de las sanciones se tuviese con claridad el análisis concreto de los criterios de graduación que llevan a determinar una sanción específica no arbitraria.

Así, en el ejemplo de la falta por ausencia injustificada a la que hemos hecho referencia en anteriores párrafos, quedaría claro que si la falta injustificada se comete por primera o segunda vez y no hay afectación o perjuicio grave a la entidad corresponde una suspensión, pero si, la misma falta es reiterada y acarrea un perjuicio económico grave (porque por ejemplo los días que se faltó se tenía que conformar un Comité para un proceso de contratación relevante para la entidad) se tendría que sancionar con destitución.

Siendo así, ante la ocurrencia de la falta, quedaría claro quién es en definitiva el órgano instructor y el sancionador, sin necesidad de resolver conflicto de competencia alguno, situación que merece una especial reflexión y sobretodo la búsqueda de una pronta solución para calificar la gravedad de las faltas promoviendo que las entidades motiven debidamente los criterios de graduación de las sanciones evitando la arbitrariedad y logrando con ello, no solo la determinación predecible y adecuada de las sanciones sino también de las autoridades que participan en el procedimiento.

Bibliografía

- Auto 104/04 de la Sala Plena. (21 de julio de 2004). Colombia. Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2004/A104-04.htm>
- Consejo de Estado. Radicación N° 11001-03-06-000-2018-00185-00(C). Alcaldía Municipal de Girardot, Oficina de Control Interno Disciplinario (27 de noviembre de 2018). Bogotá. Sala de Consulta y Servicio Civil. <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/215/11001-03-06-000-2018-00185-00.pdf>
- Constitución Política del Perú [Const.]. (1993). <http://www.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/Constitucion-Pol%C3%ADtica-del-Peru-1993.pdf>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH.]. (1969). <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Decreto Supremo N.º 040-2014-PCM, Aprueban Reglamento General de la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil. (11 de junio de 2014). <https://www.gob.pe/es/l/2129673>
- Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS. Decreto que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. (25 de enero de 2019). https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf
- Directiva N.º 02-2015-SERVIR/GPGSC, Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador de la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil: Anexo 2. Versión actualizada. (2016) https://storage.servir.gob.pe/lsc/directiva/Directiva_02-2015-SERVIR-GPGGSC_Mod_Anexo_2_jun16.pdf
- Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil. (4 de julio de 2013). <https://www.gob.pe/es/l/118474>
- Monroy, J. (2007). *Teoría General del Proceso*. Palestra Editores.
- Ortiz, K. (2018). *La situación de la competencia como presupuesto procesal en los conflictos negativos de competencia [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho]*. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3651/DER_125.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Pimiento, J. M. (2016). *El conflicto de competencias administrativas en Colombia. Análisis Teórico y Caso práctico [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Santo Tomás]*. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/1961>
- Resolución de la Sala Plena N.º 010-2020-SERVIR/TSC. (18 de julio de 2020). <https://busquedas.elperuano.pe/download/url/precedente-administrativo-sobre-el-procedimiento-para-la-det-resolucion-no-010-2020-servirtsc-1871533-1>

Resolución N° 001354-2019-SERVIR/TSC-Segunda Sala (7 de junio de 2019). <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1390898/Resoluci%C3%B3n%20del%20Tribunal%20del%20Servicio%20Civil%2001354-2019-Servir-TSC-Segunda%20Sala.pdf>

Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) [STC]. Exp. N° 02678-2004-AA/TC. (1 de octubre de 2004). <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02678-2004-AA.pdf>

Sentencia C-319/07 de la Sala Plena. (3 de mayo de 2007). Colombia. Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-319-07.htm#:~:text=C%2D319%2D07%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=No%20estando%20expresamente%20se%3%B1alada%20por,sistema%20general%20de%20carrera%20administrativa>