

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

---

**“LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CONTROL DEBE CONSIDERAR LAS  
ACTIVIDADES QUE REALIZA LAS EMPRESAS DEL ESTADO PARA UNA APROPIADA  
IDENTIFICACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE SUS TRABAJADORES”**

---

**TESINA PARA OPTAR EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO A LA EMPRESA**

**AUTOR:**

**CARMEN PAOLA DÍAZ SOLIS**

**ASESOR TEMÁTICO:**

**ALEJANDRO MOSCOL**

**LIMA, 2015**

## ÍNDICE

<b>ÍNDICE</b> .....	2
INTRODUCCIÓN.....	4
SECCIÓN I .....	7
<b>LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL COMO UNA MODALIDAD DE ACTUACIÓN DEL ESTADO SOMETIDA AL CONTROL</b> .....	7
1. Formas de intervención pública en la economía.....	7
1.1. Acción de Planificación. ....	7
1.2. Acción de Fomento. ....	8
1.3. Acción de Regulación .....	8
1.4. Actividad Empresarial del Estado .....	9
2. La Actividad Empresarial del Estado de acuerdo a la Constitución de 1993.....	9
3. La actuación administrativa en la Actividad Empresarial del Estado.....	14
3.1 La Actividad Prestacional gestionada por una empresa íntegramente de propiedad del Estado.....	16
3.2 La gestión económica de actividades industriales mediante empresas del Estado	17
4. La finalidad de la Actividad Empresarial del Estado en el Perú: .....	18
5. Las Empresas del Estado y su clasificación .....	20
5.1. Definición de Empresa del Estado.....	20
5.2. Clasificación de acuerdo al marco legal vigente aplicable a la Actividad Empresarial del Estado.....	21
5.3. Clasificación de acuerdo a la naturaleza de la actividad.....	24
6. Empresas del Estado sujetas al control de la Administración Pública.....	26
6.1. Control del Holding o de los entes de gestión que los agrupa: .....	26
6.2. Control de legalidad y control de eficiencia .....	27
6.3 Control sectorial .....	27
6.4 Control legislativo.....	27
6.5 Control judicial.....	28
<b>SECCION II</b> .....	30
<b>LA IDENTIFICACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL MARCO DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y LA EXCLUSIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO</b> .....	30

1. El Sistema Nacional de Control .....	30
2. Clases de Control .....	32
2.1 En función de quién lo ejerce .....	32
2.2 En función del momento de su ejercicio .....	32
3. El Control Gubernamental en las empresas del Estado.....	33
4. El concepto de Funcionario Público desde el punto de vista del Sistema Nacional de Control.....	34
5. Los trabajadores de las empresas del Estado no se encuentran comprendidos en la función pública.....	34
5.1. Antecedentes del Artículo 40° de la Constitución de 1993 .....	34
5.2. Definición de Función Pública en el ordenamiento nacional y derecho comparado	36
6. El marco jurídico en la identificación de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos por parte del Sistema Nacional de Control.....	38
6.1 La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos.....	38
6.2 La Responsabilidad Civil de los Funcionarios Públicos .....	40
6.3 La Responsabilidad Penal de los funcionarios públicos .....	41
<b>SECCIÓN III .....</b>	<b>47</b>
<b>EL CONTROL A LAS EMPRESAS DEL ESTADO: LA NATURALEZA Y LA ACTIVIDAD QUE REALIZAN REPERCUTE EN LA IDENTIFICACIÓN DE RESPONSABILIDADES .....</b>	<b>47</b>
1. Marco legal peruano aplicable a las empresas del Estado .....	47
1.1. Las normas del Sector Público que son aplicables a las empresas del Estado ...	47
1.2. El régimen especializado de las empresas del Estado .....	51
2. El Control a las Empresas del Estado de acuerdo al régimen jurídico público y privado aplicable .....	52
2.1. Las Empresas del Estado que prestan Servicios Públicos.....	53
2.2. Empresas del Estado que realizan gestión económica de actividades industriales y comerciales .....	55
3. Propuesta de planteamiento de modalidad de control aplicable a las empresas del Estado.....	56
4. La potestad administrativa sancionadora de la Contraloría General es aplicable a los trabajadores de las empresas estatales.....	58
5. Los delitos contra la Administración Pública cometidos por los trabajadores de las empresas estatales.....	61
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>65</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>70</b>

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad desarrollar el tema del control gubernamental en la Actividad Empresarial del Estado, con énfasis en la identificación de responsabilidades en materia administrativa, civil y penal de los trabajadores de las empresas del Estado, en su condición de funcionarios públicos.

Cabe acotar, que el alcance del trabajo de investigación está circunscrito a las empresas del Estado del Gobierno Central, sometidas al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial -FONAFE y PETROPERU, especialmente aquellas que prestan un servicio público o realizan la gestión económica en la provisión de bienes y servicios, encontrándose excluidas las empresas estatales regionales y municipales.

Asimismo, este tema es analizado desde el punto de vista del Derecho Administrativo, pues esta rama del Derecho constituye el principal instrumento del Poder del Estado, y además ha desarrollado profusamente el tema de las empresas estatales, ya que la creación de estas organizaciones responden a la decisión de la Administración Pública de actuar como empresario utilizando las formas jurídicas societarias para alcanzar sus fines públicos, aunque se ajusten más a criterios de carácter privado, en cuando a la flexibilidad y congruencia para modular la gestión productiva.

Sobre este tema, específicamente se plantea que el marco legal vigente al cual se encuentran sujetas las empresas estatales tomen en cuenta su naturaleza mixta por el carácter público y privado que ostentan y que las hacen diferentes de las otras entidades de la Administración Pública; pues a partir de comprender ello, el Sistema Nacional de Control fiscalizará su gestión de modo tal que el resultado de su labor de control cautele los recursos que el Estado invirtió en sus empresas.

Asimismo, como el control gubernamental viene acompañado de la responsabilidad; también se sostiene que el marco legal sancionador a nivel administrativo y penal tome en cuenta que la actuación de los trabajadores de las empresas estatales no solamente se enmarca en las normas del sector público, sino que además su gestión como empresa debe generar rentabilidad, sujetándose a las disposiciones especiales del FONAFE y a las normas propias aplicables al sector empresarial. Por tanto, las infracciones o delitos que se tipifiquen para los funcionarios públicos en los cuales se contemplen a los trabajadores de las empresas estatales deben tener en cuenta su régimen laboral privado y sus condiciones particulares.

A fin de responder a este planteamiento, el trabajo de investigación partirá del análisis de la Actividad Empresarial del Estado, como actividad gubernamental que en el ámbito económico desarrolla el Estado bajo los requisitos de subsidiariedad, autorización expresa por ley y alto interés público, de conformidad con lo establecido en el artículo 60° de la Constitución de 1993.

Bajo esas premisas, en el Perú, la Actividad Empresarial del Estado es más restrictiva respecto de las décadas pasadas, debido a que la creación de empresas estatales respondía a diversas finalidades públicas sin atender al principio de subsidiariedad; lo cual devino en una década de privatización de las empresas llevadas a cabo de acuerdo al Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada.

Actualmente, la Actividad Empresarial del Estado se sujeta al Decreto Legislativo N° 1031, que declara como finalidad de las empresas estatales, promover una gestión eficiente y autónoma así como un sistema de control adecuado, en un contexto de transparencia.

Ahora bien, un aspecto relevante en el presente trabajo de investigación es comprender el régimen jurídico de esta forma de intervención económica del Estado en el mercado, lo cual dependerá de la actividad que desarrolla, ya sea que ciertas empresas se dedicarán a la prestación de un servicio público y que otras realizarán actividades industriales o financieras. De ese modo, se apreciará si predomina un régimen público o un régimen privado.

En función a este régimen público de las empresas estatales, las empresas estatales están sujetas a diversos controles que el Estado les impone, entre ellas el Control a cargo de la Contraloría General de la República y sus órganos que conforman el Sistema Nacional de Control.

Un segundo aspecto que se revisará en el trabajo de investigación es el control gubernamental, que está caracterizado por ser una actividad de confrontación o comprobación que emite un juicio contrastado con criterios realizados por un órgano interno o entidad; a cargo del Sistema Nacional de Control, que desarrolla su labor a través de Auditorías que realizan sus órganos a las entidades sujetas a control, entre las cuales se encuentra las empresas del Estado, por su carácter estatal.

El Sistema Nacional de Control se enmarca en el ámbito de su Ley N° 27785, la misma que define para sus efectos como funcionario público a los trabajadores de las empresas estatales, a quienes se les identifican responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo a las observaciones contenidas en los Informes de Auditoría.

En relación a la responsabilidad administrativa, adicionalmente a la potestad sancionadora del empleador se ha otorgado facultad sancionadora a la Contraloría General cuando se detecte en un Informe de Auditoría la comisión de infracciones tipificadas en la Ley N° 29622 y su Reglamento. Asimismo, en relación a la Responsabilidad Penal por Delitos contra la Administración Pública, el Código Penal también define para sus efectos quienes son funcionarios públicos, y pueden ser pasibles de ser sancionados penalmente por estos



delitos. Ambas responsabilidades requieren como condición que los sujetos pasibles a ser sancionados tengan la calidad de funcionarios públicos.

Otro aspecto que aportará en el presente trabajo de investigación es la identificación que se ha realizado del marco legal aplicable a las empresas del Estado, tales como Sistemas Administrativos, y por otro lado, las obligaciones, prohibiciones y disposiciones a las cuales se encuentran sujetos los trabajadores de igual modo que un funcionario público, en contraposición con el Régimen Laboral Privado que ostentan y el marco legal propio que el FONAFE ha dictado para las empresas estatales.

En síntesis, se abordará el marco legal aplicable a las empresas del Estado, para comprender en la realidad como les resulta aplicable el régimen público y privado a aquellas empresas que prestan Servicios Públicos o que realizan una Gestión Económica, lo cual no se refleja actualmente en la legislación vigente para efectos del control gubernamental y la identificación de Responsabilidades.

Bajo estas consideraciones, el presente trabajo de investigación se ha estructurado de la siguiente manera:

En la Sección I se esbozará los conceptos generales sobre la Actividad Empresarial del Estado como actuación gubernamental dentro del Régimen Económico, así como las actividades que desarrolla como empresario que presta un servicio público y por otro lado realiza gestión económica para comprender el régimen público o privado que le corresponde.

La Sección II tiene como objetivo desarrollar los conceptos de control gubernamental y sus modalidades, para centrarse específicamente en el concepto de funcionario público para efectos del Sistema Nacional de Control y los tipos de responsabilidad a los cuales se encuentra sometida los funcionarios públicos, señalando el marco legal aplicable y lo que la doctrina y legislación internacional establece. Asimismo, la controversia del artículo 425° del código Penal con el artículo 40° de la Constitución de 1993.

En la Sección III se desarrollará el marco legal aplicable a las empresas del Estado de acuerdo a la actividad prestacional o de gestión económica que realiza, a efectos que se advierta que el marco legal aplicable para la identificación de responsabilidad no toma en cuenta la dualidad de regímenes así como el carácter flexible y ágil que debe tener la empresa estatal. De este modo se propone que se den ciertos cambios legislativos en torno a la forma como se realiza el control gubernamental y las estructuras jurídicas aplicables a los trabajadores cuyo régimen laboral es privado y su gestión principalmente es privada, sin perder la condición estatal por los recursos que le fueron asignados para su creación y posteriormente para los endeudamientos en los cuales el Estado avala.

## SECCIÓN I

### LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL COMO UNA MODALIDAD DE ACTUACIÓN DEL ESTADO SOMETIDA AL CONTROL

En esta primera sección, se inicia con la identificación de las actividades que en el ámbito económico desarrolla el Estado, entre las cuales se encuentra la Actividad Empresarial; y cuya actuación está amparada en el artículo 60° de la Constitución Política de 1993, lo que será materia de análisis, para posteriormente esbozar un concepto de empresa estatal, y explicar su naturaleza, modalidades y los tipos de controles a las que están sometidas por la titularidad del Estado.

#### 1. Formas de intervención pública en la economía

A nivel constitucional, se declara como principio general que la iniciativa privada en el país se ejerce en el marco de una Economía Social de Mercado, bajo los cuales se orientan el desarrollo del país, actuando principalmente el Estado en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Dicha intervención se sustenta en dos principios, el de solidaridad, el cual exige un equilibrio político social y de promoción del bien común<sup>1</sup>; y la subsidiariedad en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de servicios, que se manifiesta cuando la iniciativa privada no atiende las demandas de la población.

Para lograr el desarrollo en el ámbito económico bajo el postulado de una Economía Social de Mercado, la Constitución de 1993 ha dispuesto que la intervención del Estado en la vida económica del país se materialice a través de cuatro formas de actuación:

**1.1. Acción de Planificación**, es una técnica de actuación de los poderes públicos en el ámbito económico, mediante la cual la intervención pública es programada y racionalizada, lo que constituye un límite esencial para el respeto de los derechos fundamentales. La finalidad de esta actividad es coordinar con la actividad privada, los prestadores de servicios públicos esenciales, y la iniciativa pública de carácter nacional, regional o local, y dirigir a todo el potencial económico del país al logro de los objetivos para el desarrollo y un adecuado equilibrio de la distribución de la riqueza<sup>2</sup>.

La planificación económica se proyecta en forma concreta y puntual en la realización de diversas inversiones vinculantes para el sector público; asimismo, prevén una serie de

---

<sup>1</sup> KRESALJA, Baldo y Cesar OCHOA, *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, p. 353.

<sup>2</sup> Idem, p. 391.

medidas de fomento de carácter económico para el sector privado. Constituye el Presupuesto la forma de comprobar si un Estado llevará a cabo las previsiones de los planes, aunque existe la posibilidad de alterarlo o modificarlo<sup>3</sup>.

**1.2. Acción de Fomento**, a través de la cual el Estado mediante estímulos económicos, protección, auxilio o impulso interviene para lograr la satisfacción de las necesidades de interés general. Ejemplos de esta acción en materia jurídica son la concesión y expropiación forzosa; y en materia económica, los beneficios fiscales, subvenciones, créditos privilegiados. Según MARTIN- RETORTILLO, la acción de fomento responde a tres principios, el primero la intercambiabilidad, mediante el cual se pueden obtener los mismos resultados bajo distintas fórmulas; en segundo lugar, el carácter teleológico, por el cual la consecución de los objetivos es la que directamente modula la actuación de las Administración, y de los beneficiados, lo cual queda condicionado para el logro de los fines y, finalmente es un título habilitante que ha permitido a la Administración intervenir, ordenar y controlar su actuación.<sup>4</sup>

Los incentivos económicos es un título habilitante que permite a la Administración Pública intervenir, ordenar y controlar las actuaciones privadas apoyadas por ayudas públicas, los cuales deben enmarcarse al principio de mensurabilidad de las potestades administrativas y de la especificidad del fin público perseguido; al principio de legalidad por la cual se exige que se encuentren contempladas en la Ley de Presupuesto y al principio de igualdad basado en reglas de transparencia y libre concurrencia<sup>5</sup>.

**1.3. Acción de Regulación**, es la actividad mediante la cual el Estado dicta normativas, con la finalidad de imponer exigencias o requerimientos a los agentes económicos y de esa manera evitar concentraciones empresariales, abuso de posición de dominio o fallas de mercado, de modo tal de promover el funcionamiento eficiente del mercado. A esta actuación se le conoce también como intervención administrativa de policía, que se proyecta al mantenimiento del orden público económico.

De acuerdo a ARIÑO, las tendencias actuales del uso de la regulación tiene dos manifestaciones, en primer lugar ser básicamente conforme al mercado, para favorecer el funcionamiento de los mercados y por otro lado, la provisión de servicios públicos en régimen de competencia, lo que exige la regulación de sectores privatizados, con la finalidad de asegurar la calidad del servicio, proteger al usuario y defender la competencia<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Derecho Administrativo Económico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 1991 p. 388-389.

<sup>4</sup> Idem, pp. 442-443.

<sup>5</sup> PARADA Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid 2010, 21 edición, pp. 385-386.

<sup>6</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Estado y Economía. Crisis y reforma del sector público*. Marcial Pons, Madrid, 1993, p. 60.



En el Perú, los Organismos Reguladores tienen a su cargo esta actividad, citando como ejemplo a OSINERGMIN, OSIPTEL, OSITRAN, SUNASS e INDECOPI, cuya creación responde al interés del Estado de que funcione normalmente el sistema económico, resguardando que los actores privados cumplan con brindar un servicio de calidad.

**1.4. Actividad Empresarial del Estado**, se manifiesta mediante la creación de una empresa pública o la estatización de una empresa privada, la cual concurre en el mercado junto con los agentes privados; la misma que debe responder a los requisitos de subsidiariedad y de interés público, conforme al artículo 60° de la Constitución de 1993.

ARIÑO<sup>7</sup> señala que la Actividad Empresarial es una función del Estado:

*“(...) que consiste en corregir, defender y/o reconstruir sustituir al mercado, cuando éste no existe, no funciona correctamente o no puede satisfacer ciertas necesidades humanas. Esto puede ocurrir bien porque el mercado contenga en sí mismo fuerzas desestabilizadoras que alteran y falsean sus reglas (monopolios, abusos de posición dominante, carteles, etc.) bien porque nos encontremos ante situaciones que no son solventables por la vía del mercado (externalidades, bienes culturales o ambientales sobre los cuales resulta difícil organizar transacciones), o bien porque estemos ante otro tipo de exigencias culturales y espirituales que el mercado no puede atender, bien finalmente porque se trata de hacer realidad unos ideales éticos y sociales (corrección de desigualdades) (...)”.*

En ese sentido, el Estado participa en la vida económica del país bajo distintas modalidades, según las necesidades del mercado y para atender las demandas de los ciudadanos, de acuerdo a los principios de solidaridad y subsidiariedad. Específicamente nos referiremos a la iniciativa pública empresarial en este trabajo de investigación.

## **2. La Actividad Empresarial del Estado de acuerdo a la Constitución de 1993**

La Constitución de 1993 reconoce como principio económico, la libre competencia con la finalidad de asegurar el bienestar de todos los ciudadanos, admitiendo que el Estado interviene por razones económicas y sociales<sup>8</sup>; así como la libertad en la iniciativa privada dentro de una economía social de mercado, pues de no se puede desarrollar la iniciativa privada en contraposición con los principios constitucionales de libertad e igualdad. En ese sentido, es restrictiva la intervención del Estado como Empresario, de conformidad con el artículo 60° de la Constitución que señala:

*“El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*

<sup>7</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Empresa Pública, Empresa Privada, Empresa de Interés General*. Navarra: Aranzandi. pp. 31-32. Citado en el material del Diplomado de Derecho Administrativo dictado por ESAN.

<sup>8</sup> KRESALJA, Baldo y Cesar OCHOA. Ob. Cit. p. 353-354.

*Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*

*La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.*

De esta disposición constitucional se desprende que son tres requisitos los que debe cumplir el Estado para realizar una Actividad Empresarial: la autorización por ley expresa, el rol subsidiario frente a la actividad empresarial privada y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

En primer lugar, la autorización por Ley expresa, es una reserva de ley absoluta, es decir, la exigencia que la ley autoritativa para la creación de una empresa estatal debe ser expedida por el Congreso de la República, precisión que ha sido señalado por el Tribunal Constitucional<sup>9</sup> en su Sentencia del 15 de febrero de 2005. Es más, este requisito formal encuentra su origen en el principio constitucional de control entre los poderes del Estado, dado que el Congreso como Poder Legislativo exige revisar cualquier iniciativa empresarial del Poder Ejecutivo, a través de una autorización legal, y de esta forma ejercer una revisión previa del cumplimiento de los otros dos requisitos constitucionales autoritativos de tal actividad<sup>10</sup>.

Asimismo, esta autorización no puede ser aprobada mediante decretos legislativos, decretos de urgencia u ordenanzas regionales o municipales ni Reglamentos o normas con rangos de menor nivel, pues si bien tienen rango de ley, no han sido emitidas como resultado de la deliberación parlamentaria<sup>11</sup>.

En la Sentencia dictada por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI que constituye un precedente aprobado por la Resolución N° 3134/2010/SC1-INDECOPI, se establece en el Fundamento 68 que este requisito debe ser interpretado de manera restrictivo por el carácter excepcional de la Actividad Empresarial del Estado; pues con ello se busca reducir los márgenes de discrecionalidad y oportunidad política de los funcionarios del gobierno, por lo que, se requerirá que sea el ente político que representa las distintas posiciones de la sociedad, el que adopte dicha decisión, evitándose así una intervención discrecional librada a la voluntad de autoridades no representativas.

En segundo lugar, el principio de subsidiariedad ha sido declarado por primera vez en la actual Carta Magna como requisito para la Actividad Empresarial del Estado. Sin embargo,

<sup>9</sup> En su Sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2004-PI/TC de 15 de febrero de 2005, el Tribunal Constitucional señala: “Por su parte, el artículo 60° de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta, para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial, directa e indirectamente, cuando el interés público o la conveniencia nacional lo justifique”.

<sup>10</sup> CESPEDES ZAVALA, Adolfo, *El Estado Empresario: Verdades, Conjeturas y Mitos Jurídicos*, Ediciones Caballero y Bustamante, Lima, 2010. pp. 152-153.

<sup>11</sup> GUZMAN NAPURI, Christian, *El principio de subsidiariedad empresarial del Estado en el reciente precedente de INDECOPI*. EN Gaceta Jurídica, Tomo 206, 2011. P. 43.

en la Constitución de 1979 basándose en un modelo de Estado Social se consagró el proceso de estatización y de gestión mediante la constitución de varias empresas públicas en diversos sectores, que fueron consagradas en leyes que se aprobaron en la década de los setenta y ochenta; lo que trajo como resultado un Estado intervencionista participando en sectores en los cuales la iniciativa venía gestionando, y por el contrario se generó un proceso de estatización de las empresa privadas.

Actualmente, el modelo económico del país ha sido modificado por un Estado Social de Mercado basado principalmente en el pluralismo económico, por lo que somete la intervención del Estado a la subsidiariedad como un requisito necesario, que ha sido materia de profusa discusión en la doctrina nacional<sup>12</sup>, como punto de partida para evaluar la conveniencia de crear o mantener una empresa estatal.

Bajo ese modelo, el Estado actuará como empresario cuando: "...falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses superiores de la Nación, al mismo tiempo que proclamaba la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la Nación"<sup>13</sup>

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional<sup>14</sup> sostiene que el Estado interviene subsidiariamente en el ámbito de la producción, circulación o distribución de bienes o en la prestación directa de los servicios, sólo cuando se encuentre fehacientemente acreditado que por inacción o defección de la iniciativa privada, dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población. Específicamente el Tribunal Constitucional establece que este principio puede concebirse en dos dimensiones, las empresas del Estado deben responder al principio de subsidiariedad de acuerdo a la organización nacional, regional o local que corresponde; y de intervención mínima por inacción o defección de la iniciativa privada que trae como consecuencia que dicha provisión o suministro no atiende las demandas de la población.

Asimismo, la subsidiariedad "solamente tendrá validez constitucional si está estrechamente vinculada a los principios de proporcionalidad y de necesidad que suponen que la acción del Estado no debe exceder lo que es necesario para lograr los objetivo de la Constitución"<sup>15</sup>.

Por ello, el Congreso Constituyente en 1993 decidió limitar la intervención del Estado como empresario, solamente para aquellos casos en los cuales en el mercado, la oferta de las empresas privadas no sean suficiente para satisfacer la demanda existente; por tanto la Actividad Empresarial del Estado debe ser la excepción; pues en el marco de una Economía

---

<sup>12</sup> En la Tesis "Justificación de un mecanismo de control de la Actividad Empresarial del Estado basado en el principio constitucional de subsidiariedad" presentada por Milagros Daría Romero Casabona plantea el fortalecimiento del contexto regulatorio de la actual legislación sobre actividad empresarial del Estado teniendo como base el Principio de Subsidiariedad.

<sup>13</sup> MARTIN-RETORTILLO Ob. Cit. p. 229.

<sup>14</sup> En su sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC de 11 de Noviembre de 2003

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 18 de febrero de 2005 en el expediente 0002-2005-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por Miguel Ángel Mufarech.

Social de Mercado se da preferencia al derecho a la libre iniciativa y a la libertad de la empresa.

Sobre esta disposición, se ha dispuesto en el ordenamiento jurídico nacional dar cumplimiento al artículo 60° de la Constitución, mediante la prohibición de desarrollar actividad empresarial no subsidiaria, de acuerdo al artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, “Ley de la Represión de la Competencia Desleal”, disposición que ha merecido un pronunciamiento de la Sala del Tribunal del Indecopi, en la denuncia interpuesta por la Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra la Universidad Nacional del Altiplano (UNAP) que constituye precedente de observancia obligatoria.

En la parte resolutive del referido precedente se ha establecido una metodología bajo la cual debe efectuarse el análisis de subsidiariedad de la actividad empresarial desarrollada por el Estado, a fin de analizar si la empresa cumple con satisfacer las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de la oferta privada real o potencial; y por otro lado, en delimitar el mercado relevante en el cual participa la empresa estatal, luego de lo cual se evaluará el carácter subsidiario de la actividad empresarial bajo los tres siguientes escenarios<sup>16</sup>:

- a. Si concurren con la empresa o entidad estatal dos o más empresas privadas no vinculadas; bajo ese escenario se presume que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada es suficiente. Por ello, la entidad o empresa estatal denunciada tiene la carga de probar, de un lado, que los privados establecidos no pueden absorber la demanda que liberaría en caso se retire y, de otro lado, que existen altas barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos proveedores con capacidad de satisfacer la demanda que se liberaría.
- b. Si en el mercado relevante participan una empresa privada y una empresa estatal; bajo este escenario no opera la presunción de oferta privada suficiente, por lo que para concluir que la intervención estatal no es subsidiaria la autoridad deberá constatar que la empresa privada cuenta con las condiciones para satisfacer la demanda que eventualmente se libere o que, en caso la oferta establecida no sea suficiente, no existen barreras que limiten la entrada de competidores potenciales.
- c. Si solo participa la empresa o entidad estatal; bajo este escenario, no existe oferta privada, por lo que se evaluará la presencia de barreras a la entrada; en caso que no existen barreras, lo más probable es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado, concluyéndose que la empresa estatal cumple un rol subsidiario. En caso se determine que existen barreras a la entrada significativas la participación también será subsidiaria, salvo que se defina que la presencia de la empresa o entidad estatal debe cesar al ser la barrera que desincentiva la entrada de los privados.

---

<sup>16</sup> De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2 de la Parte Resolutive de la Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI del Expediente N° 201-2008/CCD.



El tercer requisito sobre alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, es de apreciación política y no técnica<sup>17</sup>; de modo tal que puede inferirse válidamente del precepto constitucional que el máximo intérprete del llamado “alto interés público o manifiesta conveniencia nacional” es el Congreso de la República, pudiendo definir las situaciones extraordinarias desde una perspectiva mayoritariamente política<sup>18</sup>.

Estos términos de interés público y conveniencia nacional, son conceptos indeterminados; por lo que, se remite a los alcances de interés público, que la doctrina española propone, como concepto:

*“Cualquier situación deficiente, mejorable o conflictiva de la realidad social actual que requiera, una vez reconocida así por la norma y comparada con el modelo a alcanzar querido por ella, de una pronta y eficaz sanatoria de la Administración o de sus agentes que venga a colmar las carencias, eliminar los riesgos, prestar los servicios, estimular las iniciativas, sancionar las conductas o arbitrar los conflictos que en su seno se puedan generar, facilitando o dificultando la consecución del modelo propuesto”<sup>19</sup>.*

Por tanto, este requisito se cumple específicamente cuando no existe un mecanismo alternativo que pueda corregir la situación que genera la necesidad de desempeñar esta actividad por parte del Estado, como el empleo de las agencias de competencia, los mecanismos de regulación económica o la eliminación de barreras burocráticas<sup>20</sup>.

En efecto, de acuerdo a la precitada Sentencia dictada por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en su Fundamento 126, la evaluación de lo que debe entenderse por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es un aspecto que no corresponde al INDECOPI, correspondiendo solo al Congreso de la República evaluar la oportunidad de la actividad empresarial.

Respecto a estos tres requisitos, el Decreto Legislativo N° 1031, cuyo objetivo es promover la eficiencia en la actividad empresarial del Estado y cuyo ámbito de aplicación comprende a todas las empresas comprendidas en el FONAFE señala que la Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, lo que no implica una reserva exclusiva a favor del Estado.

Otro principio que ha sido declarado en la Constitución, es el principio de paridad de trato

<sup>17</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, Konrad Adenauer Stiftung CIELDA, Lima, 1996, p. 311.

<sup>18</sup> CESPEDES. Ob. Cit. p. 159.

<sup>19</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis, *Derecho Administrativo e Interés Público: Correlaciones Básicas*. En Revista de Administración Pública, N° 100-102, Enero Diciembre de 1983, p. 863.

<sup>20</sup> GUZMAN NAPURI. Ob. Cit. p. 43.



entre las empresas del Estado con las empresas privadas, pues se tiene como regla general la libre competencia; es decir, “de un sometimiento a las mismas condiciones de concurrencia o competencia económica”<sup>21</sup>. Sin embargo, como bien ha sostenido Céspedes Zavaleta es un mito que las empresas estatales gocen de mayores privilegios que las empresas privadas, por el contrario, no existe un mismo tratamiento legal, pues a la Actividad Empresarial del Estado le aplican diversos controles, tales como el Sistema Nacional de Control, el Sistema Nacional de Inversión Pública, la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley de Endeudamiento Público que afectan su gestión<sup>22</sup>, a diferencia del sector privado que no se encuentra bajo todos estos sistemas administrativos.

### 3. La actuación administrativa en la Actividad Empresarial del Estado

Una empresa estatal se crea por decisión de la Administración Pública, de actuar como empresario; sometiéndose al Derecho Administrativo, pues esta rama constituye el instrumento del Poder del Estado para alcanzar sus fines públicos, aunque utilice para ello de las formas jurídicas societarias, propias del Derecho Privado.

En este aspecto, la Administración se somete al Derecho privado, por su flexibilidad y congruencia para modular la gestión productiva de la Administración, por ello la gestión de las empresas se encuentran bajo el *iure privato*, aunque tenga fines públicos<sup>23</sup>, pero carece del *ius imperium*.

Sin embargo, el hecho que las empresas estatales se sometan al Derecho Privado, porque les resulta más favorable para sus efectos, no las convierte en entes de derecho privado, pues la titularidad de sus acciones la ostenta el Estado. Entonces surge la siguiente inquietud, si la Actividad Empresarial del Estado desarrolla una función administrativa como parte de la Administración Pública. En ese aspecto, Zegarra señala que<sup>24</sup>:

*“la actividad económica empresarial desarrollada por iniciativa del Estado se realiza como actividad privada de éste y sólo la decisión inicial de adoptar la iniciativa para su implementación y desarrollo, las sucesivas que modifiquen sus términos y la gestión de las participaciones públicas en las correspondientes entidades empresariales, constituyen actividades administrativas. La actividad económica así enunciada consiste en el desempeño del Estado de actividades desarrolladas en*

<sup>21</sup> ALONSO UREBA, Alberto. *La empresa pública*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, p. 136

<sup>22</sup> CESPEDES, Ob. Cit., p. 196

<sup>23</sup> VILLAR PALASI, José Luis. *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*. En Revista de Administración Pública Tomo N° 3, Madrid, 1950, pp. 94-95.

<sup>24</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El ejercicio de funciones administrativas y el principio de subsidiariedad*. En Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Lima, 2012, pp. 432 al 435.

*competencia con los particulares y no estando directamente vinculadas a la satisfacción de derechos fundamentales*<sup>25</sup>.

En ese sentido, el carácter administrativo de la Actividad Empresarial del Estado radica en la decisión inicial de la implementación y desarrollo de la empresa estatal, así como a las sucesivas decisiones que modifiquen sus términos; y por otro lado, a la gestión de las entidades públicas en las empresas del Estado.

Específicamente el presente trabajo de investigación se centra en la actuación de la Administración Pública como empresario en dos aspectos, en primer lugar, en la prestación de un servicio público y en segundo lugar, en la provisión de bienes o servicios como un agente del mercado económico, llamado por la doctrina española como gestión económica; aunque pueden darse empresas estatales que tengan otras finalidades.

Se distingue en dos aspectos, la actividad empresarial del Estado debido a que dependiendo de la actividad que desarrolla, se genera consecuencias distintas. A continuación, se detallan las razones por las cuales se debe distinguir entre la actividad prestacional de servicio público y la gestión económica:

- La actuación del servicio público es monopolística normalmente a diferencia de la gestión económica de producción, que es una actividad en el mercado que se encuentra en competencia con la producción privada<sup>26</sup>.
- La regularidad y continuidad de la prestación al público, a diferencia de la actividad de producción de bienes, que no tiene en sí mismo contacto con el público.
- En el caso del usuario, este tiene derecho a exigir judicialmente la prestación del servicio público, en cambio en la gestión económica, no se exige la producción o su adquisición, pues justamente se trate de bienes que se encuentran en el mercado y lo puede abastecer probablemente otros productores privados.
- En el caso del servicio público se cobra unas tarifas al administrado; a diferencia de la actividad productora de bienes en los cuales se cobra precios de carácter privado, que puede ser fijado por el gobierno o de acuerdo a los costes del negocio<sup>27</sup>.

En resumen, la Actividad Empresarial es una modalidad de actividad del Estado, que responde su creación a un interés público que se debe cautelar bajo los criterios de subsidiariedad y solidaridad que rigen el modelo económico del país. El régimen jurídico preponderante en tal intervención económica está dada por la actividad que desarrolla, si se

---

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Directo Administrativo. cit. por ZEGARRA VALDIVIA, Diego. En *El ejercicio de funciones administrativas y el principio de subsidiariedad*. Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Lima, 2012, p. 435.

<sup>26</sup> VILLAR PALASÍ, Ob. Cit. p. 95.

<sup>27</sup> GASPAR, Ariño, Ob. Cit. p. 298.

trata de la prestación de un servicio público, su régimen es público por su gestión interna y su relación con los usuarios; y por otro lado, si se trata de una actividad industrial o financiera, su régimen es público en relación a la decisión inicial de su implementación y desarrollo, así como a las sucesivas decisiones que modifiquen sus términos que predomina; sin embargo la gestión es de carácter privado, pues participa en el mercado como un agente económico que compite con otros particulares.

### **3.1 La Actividad Prestacional gestionada por una empresa íntegramente de propiedad del Estado**

La actividad prestacional consiste en la satisfacción directa de la Administración Pública de una necesidad pública mediante la prestación de servicio a los administrados<sup>28</sup> por un organismo público o por delegación a terceros mediante la concesión, y que es indispensable para la vida social<sup>29</sup>. Uno de los elementos característicos del servicio público es el régimen de derecho público que ostenta las empresas estatales por su organización y funcionamiento *ad intra*, los beneficios de expropiación, el régimen de resolución de conflictos con los usuarios, que lo diferencia de la gestión económica a cargo de Estado.

A manera de detalle, los servicios públicos se pueden clasificar en propios e impropios, el primero es el caso de los servicios de primera necesidad que los presta directamente el Estado, por el contrario, en el segundo caso, son aquellos que pueden ser prestados a través de terceros privados mediante autorizaciones sujetos a una reglamentación. Otra forma de clasificarlos es por el objeto de la prestación, así tenemos a los servicios públicos económicos, que están vinculados con las necesidades del mercado, y los servicios públicos sociales, que están dirigidos a satisfacer necesidades del ciudadano como la sanidad, la salubridad, la educación, entre otros<sup>30</sup>.

Sobre la forma de gestión de los servicios públicos, cuando se trata de servicios públicos asistenciales o sociales son prestados directamente por el Estado, a través de sus entidades públicas, como por ejemplo, salud y educación, quienes a través de sus unidades orgánicas administran los centros hospitalarios o centros educativos y universitarios que brindan servicios esenciales para la población peruana; aunque no es limitativa pues se puede proyectar a la iniciativa privada. Sin embargo, también el Estado puede decidir gestionar – cumpliendo con los requisitos de la Constitución- determinados servicios públicos a través de empresas, como el caso de SEDAPAL y ELECTROPERU, que brindan servicios de agua potable y alcantarillado, y servicios de generación y comercialización de energía eléctrica.

En el primer caso cuando la gestión es directa por la Administración Pública, entraña un régimen íntegramente del Derecho administrativo, pues el órgano gestor es de naturaleza administrativa<sup>31</sup>; y en el caso que los servicios públicos son gestionados por sociedades

<sup>28</sup> PARADA, Ramón, Ob. Cit. p. 401.

<sup>29</sup> GASPAR Ariño, Ob. Cit. p. 299.

<sup>30</sup> PARADA, Ob. Cit. p. 402.

<sup>31</sup> Ídem, p. 417.

cuyo capital es íntegramente público su régimen jurídico es privado en su forma de constitución, pero principalmente público por su organización y funcionamiento al interior, en su régimen jurídico procesal, beneficios de expropiación, adicionalmente a las relaciones con los usuarios cuando un conflicto efectivamente se produce. Otras características que abogan por su carácter público, tenemos: a) se trata de actividades indispensables para la vida de la sociedad, lo que justifica la asunción por el Estado; b) la prestación regular y continua, y c) sus actividades resultan de utilidad general del público que deriven en un derecho abstracto del usuario a la prestación por la Administración Pública, que puede ser exigida judicialmente<sup>32</sup>.

### 3.2 La gestión económica de actividades industriales mediante empresas del Estado

El Estado interviene en el campo económico a través de la gestión directa en el ámbito de la producción, con otros empresarios particulares, sin exclusividad debido a que el interés público se centra en el aumento de los bienes económicos; y en el ámbito de la distribución, por la necesidad de evitar el desorden en el mercado, lo que determina la injerencia administrativa<sup>33</sup>. Las justificaciones de la presencia del Estado en estas actividades radica en el interés público o utilidad general, el desarrollo regional, la seguridad de abastecimiento, la promoción de investigación, entre otras.

Sobre el régimen jurídico aplicable a las empresas del Estado que realizan una gestión económica –distinta al servicio público- existe una dicotomía entre lo público y privado, es decir si prevalece el Derecho Administrativo por la finalidad pública que el Estado persigue al crearla o el Derecho Privado, en virtud a la forma comercial de Sociedad Anónima que reviste la empresa.

En principio, existen signos que denotan que las empresas del Estado son de carácter público, tales como

- a) Fundamentación *ad intra* del poder gestor de la Administración, es decir la posición de la Administración Pública como gestor de las empresas mercantiles debe formalmente instrumentarse a través de la calidad de accionista del Estado. Se trata de organismos propios de la Administración y no súbditos sometidos a un poder de *imperium* distinto de ellas<sup>34</sup>.
- b) Encuadramiento directo o indirecto en la organización estatal (tutela), es decir se encuentran integradas a la estructura general del Estado; y se encuentran bajo la efectiva acción de tutela de la Administración Pública, la cual se materializa a través de la tutela sobre la organización que se concretiza con el nombramiento de los directores que representan el interés administrativo; así como la tutela sobre la actividad que consiste en la manifestación de la voluntad de la Administración en aquellos actos que

<sup>32</sup> ARIÑO, Ob. Cit. p. 303-305.

<sup>33</sup> VILLAR PALASÍ, Ob. Cit. pp. 72-73.

<sup>34</sup> *Ibidem*.



requieren para su perfección la presencia, de modo positivo, de esta<sup>35</sup>.

- c) Según UREBA, un elemento que determina el carácter público de las empresas del Estado es el control público de la actividad a través de la concreción de la influencia del socio en la composición de los órganos de dirección de la sociedad y en los criterios de actuación a seguir, tanto la estructura económica como jurídica. Aunado a ello, está el hecho de la conexión de la empresa pública con la Organización Administrativa, es decir el control de la empresa por la administración.<sup>36</sup>
- d) El régimen patrimonial o financiero, por el cual las empresas públicas han sido creadas con fondos públicos, dotadas con patrimonio del Estado y avaladas en sus préstamos por el Estado<sup>37</sup>.

A diferencia de lo expuesto, se postula la necesidad que el régimen jurídico predominante en las empresas del Estado sea de carácter privado, debido a la experiencia de décadas pasadas por una intervención exagerada de la Administración Pública, basados en que los objetivos deben estar dirigidos a la rentabilidad, maximización de su valor, la eficiencia económica en la asignación de recursos, en general actuaciones que contribuyen a agregar valor a la empresa y ampliar el margen de ganancias a favor de ella<sup>38</sup>.

#### **4. La finalidad de la Actividad Empresarial del Estado en el Perú:**

La Actividad Empresarial del Estado debe responder a un interés público que el Estado cautela de acuerdo a la situación política, económica y social que le corresponde afrontar y que en su momento fue más intervencionista y que actualmente tiene un carácter subsidiario, privilegiando por el contrario, el pluralismo económico.

Antes de plantear la finalidad actual de la actividad empresarial del Estado, en la década de los ochenta, el Estado Peruano dictó la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado (norma derogada), que declaró como principios que guían dicha actividad, entre los que se encuentran el fortalecimiento del pluralismo económico; garantizar la racional explotación de los recursos renovables y no renovables, asegurar el equilibrio ecológico y preservar el medio ambiente, regular el abastecimiento interno y neutralizar las prácticas inconvenientes de empresas que ocupan una posición dominante en el mercado, fortalecer la capacidad de negociación concentrando capacidades de compra-venta internacionales, promover el ahorro interno y garantizar la asignación de los recursos financieros en función de los planes nacionales de desarrollo, garantizar y promover la prestación de servicios orientados a mejorar la calidad de vida de la población y fortalecer y afianzar la seguridad nacional.

---

<sup>35</sup> Ídem, pp. 55-129..

<sup>36</sup> UREBA, Ob. Cit. pp. 299-300.

<sup>37</sup> ARIÑO, Ob. Cit. p. 155.

<sup>38</sup> ARIÑO, Ob. Cit. pp. 154-156



El Estado persiguió una finalidad pública al intervenir en el mercado directamente mediante la constitución de sociedades mercantiles; que se encontraban bajo el control de la Corporación Nacional Financiera (CONAFI) como organismo rector central de las Empresas Financieras del Estado dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas y la Corporación Nacional de Desarrollo (CONADE).

Posteriormente, en la década de los noventa se da la ola de privatización de las empresas públicas, que fue llevada a cabo de acuerdo al Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada, a través del cual se promueve la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado, bajo las modalidades de la transferencia del total o de una parte de sus acciones y/o activos; el aumento de su capital; la celebración de contratos de asociación, "joint venture", asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, concesión u otros similares y la disposición o venta de sus activos, cuando ello se hiciera con motivo de su disolución y liquidación. En ese momento la intención del gobierno fue privatizar las empresas estatales que habían sido constituidas décadas pasadas, las mismas que fueron transferidas mediante la venta de sus activos, contratos de concesión, entre otros.

En el marco de la actual Constitución de 1993, en el año 2008 se dictó el Decreto Legislativo N° 1031, Ley que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, vigente a la fecha, cuya finalidad es establecer disposiciones que buscan promover una gestión eficiente y autónoma así como un sistema de control adecuado, en un contexto de transparencia. Las empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil.

El Reglamento del precitado Decreto Legislativo N° 1031 establece como principios que debe regirse las empresas del Estado, la Subsidiariedad, Neutralidad y Transparencia, Mejora Tecnológica, Planificación y Racionalidad en el gasto, Uso adecuado de bienes, Responsabilidad Social, Protección del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, Protección del accionista minoritario y de los grupos de interés, Pluralismo económico, Separación clara de funciones, Rentabilidad y Responsabilidad Limitada.

A manera de especificidad, hay que destacar de la legislación citada, como principios la separación clara que consiste en el apartamiento entre la función del Estado como propietario de las Empresas del Estado y sus otras funciones referidas a su actuación como regulador de las actividades del mercado; en segundo lugar la Rentabilidad, entendida como la búsqueda del uso eficiente y rentable de los activos que administran las Empresas del Estado, procurando alcanzar un equilibrio económico adecuado y en último lugar la Responsabilidad Limitada, por el cual el patrimonio de las Empresas del Estado responde exclusivamente por las obligaciones de la sociedad, no siendo de responsabilidad del accionista el asumir económicamente tales obligaciones.

En tal sentido, el Estado ha efectuado una modificación legislativa que busca impulsar a las empresas del Estado para una gestión eficiente bajo sus propias normas que se dicte para la Actividad Empresarial del Estado, y de forma subsidiaria para el sector privado, buscando la rentabilidad en su gestión y clara separación de otras funciones de carácter económico que le corresponden; características que se asemejan más a una gestión de actividad privada. Otra diferencia importante con la regulación derogada sobre esta materia es que no clasifica a las empresas del Estado por aquellas de régimen de derecho público y de derecho privado; sino por el grado de participación del accionariado público y las potestades públicas que algunas empresas gozan.

Sin embargo, ello no descarta los elementos públicos que ostentan las empresas del Estado, pues existe en ellas una tutela por parte del FONAFE, como empresa *holding* del sector empresarial público creada por el Estado, como por ejemplo los acuerdos mediante los cuales se nombra a los directores de las empresas del Estado o cuando emite directivas o lineamientos sobre temas presupuestales que deben acatar.

Otro elemento apreciable sobre su ubicación en el Sector Público, es que las empresas del Estado forman parte de la Organización del Estado tal como se puede revisar en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que lista las Entidades Públicas del Poder Ejecutivo que están integradas –entre otras por las Empresas de Propiedad del Estado.

## 5. Las Empresas del Estado y su clasificación

En principio se esbozará un concepto de Empresa del Estado para luego desarrollar su clasificación, lo que permitirá entender las diversas actividades que realiza y su régimen jurídico aplicable.

### 5.1. Definición de Empresa del Estado

En palabras de Sánchez Morón, la empresa pública hace referencia a una unidad organizativa que realiza actividad económica y está vinculada a la Administración Pública. Es decir, sus actividades se encuentran orientadas a la producción de bienes y servicios destinados a ser vendidos en el mercado y en el hecho que la publicidad de la empresa se determina por el control sobre el que ella ejerce la Administración Pública<sup>39</sup>. De este concepto se excluye a las participaciones públicas minoritarias.

En el ámbito económico, entre tantas definiciones operativas expuestas, citamos la expuesta por Gillis et al, quien señala que una empresa estatal incluye los tres criterios siguientes:<sup>40</sup>

<sup>39</sup> SANCHEZ MORON, Miguel. *Introducción al Régimen Jurídico de la Empresa Pública en España*, en Revista de Administración Pública, Madrid (España), Setiembre – Diciembre de 1980, Tomo N° 93, p. 93

<sup>40</sup> Gillis et al. Cit. por ALVAREZ RODRICH, Augusto. *Principios de empresas estatales y privatización*. Universidad del Pacífico, Lima, 1992, p. 58.

*“El gobierno es el accionista mayoritario o está en capacidad de controlar las principales políticas de la empresa, así como de nombrar y despedir a la gerencia.*

- a. *Vende al público o a otras personas, estatales o privadas, los bienes y servicios que produce.*
- b. *Como política sistemática, los ingresos deben guardar cierta relación con los costos”.*

En ese sentido, la empresa estatal es una unidad organizativa cuyos accionistas mayoritariamente corresponden al Estado, que tiene como finalidad proveer de bienes y servicios bajo una administración ágil y flexible, cuyos ingresos deben guardar relación con los costos de producción, y por último creada bajo una forma societaria.

## **5.2. Clasificación de acuerdo al marco legal vigente aplicable a la Actividad Empresarial del Estado**

Como antecedente la Ley N° 24948, Ley de la Actividad Empresarial del Estado promulgada durante la vigencia de la Constitución de 1979, clasificó a las empresas del Estado en las siguientes formas:

- a) Empresas de derecho público; son aquellas creadas por ley y que gozan de atributos propios de la Administración Pública.
- b) Empresas del Estado de derecho privado; son las constituidas originalmente o reorganizadas como sociedad anónima de acuerdo a ley, cuyo capital pertenece totalmente al Estado, asimismo tiene directa o indirectamente una participación accionaria mayoritaria que le garantiza el control de las decisiones de toda índole en los órganos de gobierno de la sociedad.
- c) Empresas de economía mixta; son personas jurídicas de derecho privado, en las cuales el Estado participa asociado con terceros en los capitales y en la dirección de la sociedad
- d) Accionariado del Estado, está constituido por la participación minoritaria del Estado en personas jurídicas de derecho privado diferente a las empresas de derecho público, de derecho privado o de economía mixta. La participación del Estado bajo esta modalidad no califica a la empresa como "Empresa del Estado" y en consecuencia no estaba sujeta a la Ley N° 24948.

Actualmente, las Empresas del Estado se clasifican de acuerdo al elemento subjetivo, establecido por el Decreto Legislativo N° 1031, Ley que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado, de la siguiente manera:

- a) Empresas del Estado de Accionariado Único:

Son empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado es el único accionista que ostenta la propiedad total de las acciones, y por tanto, ejerce el

control íntegro de la Junta General de Accionistas. La forma societaria condiciona la aplicación del derecho privado y la organización jurídica de la empresa<sup>41</sup>.

Como ejemplo podemos citar a SEDAPAL, PETROPERU S.A., PERUPETRO, Activos Mineros, CORPAC, entre otros.

En el caso particular de PERUPETRO, mediante la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos se crea la empresa PERUPETRO S.A. como empresa del Estado de Derecho Privado, para que –entre otros- negocie, celebre y supervise en su calidad de Contratante, por la facultad que le confiere el Estado los Contratos de Licencia o Contrato de Servicios, así como, los convenios de evaluación técnica. En este caso en particular, el objeto social de esta empresa no está dirigido a la prestación de un servicio público o a la gestión de una actividad industrial o financiera sino a actuar en nombre del Estado Peruano.

b) Empresas del Estado con accionariado privado o Sociedad de Economía Mixta:

Son empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones, y por tanto ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas privados.

A esta figura existen críticas como: el predominio de los intereses privados sobre los intereses públicos, a la vez que los titulares del capital privado pierden agresividad empresarial y sentido de responsabilidad pues se confían en el socio poderoso que es el Estado<sup>42</sup>.

Bajo esta modalidad se encuentra la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (COFIDE S.A.) cuyo capital pertenece en un 98.7% al Estado peruano, representado por el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas, y en un 1.3% a la Corporación Andina de Fomento (CAF)<sup>43</sup>.

De acuerdo al Estatuto Social de COFIDE de 22 de marzo de 2013, su objeto social es contribuir al desarrollo integral del país, mediante la captación de fondos e intermediación financiera para la promoción y financiamiento de inversiones productivas y de infraestructura pública y privada a nivel nacional. Su naturaleza es de banca de segundo piso que forma parte del Sistema Financiero Nacional.

Asimismo, la Fábrica de Armas y Municiones del Ejército S.A.C. – FAME creada por la Ley N° 29314 como una sociedad anónima cerrada; cuya naturaleza jurídica corresponde a una empresa del Estado con accionariado privado y dentro del ámbito del Ministerio de Defensa.

---

<sup>41</sup> BASOLS COMA, Martín, *Servicio Público y Empresa Pública: Reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales*, En Revista de Administración Pública, Madrid, 1984, N° 3, p. 53.

<sup>42</sup> PARADA, Ramón. Citado por Adolfo Céspedes Zavaleta en *El Estado Empresario. Verdades, Conjeturas y Mitos Jurídicos*, Ediciones Caballero y Bustamante, Lima, 2010. P. 68.

<sup>43</sup> <http://www.cofide.com.pe/quees.html>. Revisado el 03 de enero de 2014.

c) Empresas del Estado con Potestades Públicas:

Son empresas creadas por una ley que les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación. Ejerce ciertos atributos de la administración pública. Así tenemos al FONAFE.

Cabe precisar que en el caso de ESSALUD ha sido constituida como un organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno, incorporado al ámbito de regulación presupuestaria de FONAFE el 09 de diciembre de 2010 mediante Ley N° 29626 – “Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2011”.

En el caso del Banco de la Nación, su Estatuto Social aprobado por Decreto Supremo N° 07-94-EF establece como objeto social, administrar por delegación las subcuentas del Tesoro Público y proporcionar al Gobierno Central los servicios bancarios para la administración de los fondos públicos. Asimismo, cuando el Ministerio de Economía y Finanzas lo requiera y autorice en el marco de las operaciones del Sistema Nacional de Tesorería, el Banco actuará como agente financiero del Estado, atenderá la deuda pública externa y las operaciones de comercio exterior. También, recauda tributos y efectúa pagos, sin que esto sea exclusivo, por encargo del Tesoro Público o cuando medien convenios con los órganos de la administración tributaria.

En el caso particular del Banco de la Nación, tiene potestades públicas como agente recaudador de los tributos y administrador de las subcuentas del tesoro Público. Por otro lado, también realiza al igual que otros bancos privados, servicios bancarios.

A continuación se presenta una relación de las empresas según la clasificación establecida en el Decreto Legislativo N° 1031, Ley que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado



Formas de las empresas del Estado	Empresas del Estado
Empresas del Estado de Accionariado Único	<ul style="list-style-type: none"> <li>- SERPOST</li> <li>- EDITORA PERU</li> <li>- Sector Electricidad (ADINELSA, EGESUR, EGASA, EGEMSA, ELECTRO PUNO S.A., ELECTRO SUR ESTE S.A.A., ELECTRO UCAYALI S.A., ELECTROCENTRO S.A., ELECTRO ORIENTE S.A., ELECTRONOROESTE S.A., ELECTRO NORTE S.A., ELECTROPERU S.A., ELECTRO SUR S.A., entre otras)</li> <li>- PERUPETRO S.A.</li> <li>- PETROPERU S.A.</li> <li>- CORPAC S.A.</li> <li>- ENAPU S.A.</li> <li>- SIMA PERU S.A.</li> <li>- SIMA IQUITOS S.R.Ltda.</li> <li>- SEDAPAL</li> <li>- ENACO S.A.</li> </ul>
Empresas del Estado con accionariado privado o Sociedad de Economía Mixta	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ESVICSAC</li> <li>- SILSA</li> <li>- COFIDE</li> <li>- FAME S.A.C.</li> </ul>
Empresas del Estado con Potestades Públicas	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Banco de la Nación</li> <li>- FONAFE</li> </ul>

### 5.3. Clasificación de acuerdo a la naturaleza de la actividad

Otra clasificación que se plantea está en función a la naturaleza de la actividad que desempeñan las empresas estatales, así tenemos aquellas que prestan servicios públicos, como electricidad, agua y saneamiento; y aquellas que realizan actividades de carácter industrial y comercial, como comercialización de hidrocarburos. En el segundo caso, dependerá si su creación responde al tercer requisito, es decir al interés público o a la conveniencia nacional que debe proteger el Estado, para que se justifique su participación en el mercado.

En el derecho comparado, tenemos el caso de Argentina, que de acuerdo a su legislación las clasifican en Empresas del Estado y Otras formas de intervención y participación estatal a través de Formas Societarias. En el primer caso, Cassagne las describe como empresas creadas por ley para la realización de actividades industriales o comerciales o servicios públicos de esa naturaleza, su régimen jurídico es mixto, pues quedan sometidas, según los casos, al Derecho Público o al Derecho Privado, pertenecen a la Organización Administrativa por encontrarse bajo la dependencia del Poder Ejecutivo y están sujetos al control peculiar de la Auditoría General de la Nación. En el segundo caso, se trata de la utilización por parte del Estado de formas jurídicas para llevar a cabo actividades industriales o comerciales, su régimen jurídico es privado y no integran la Administración Pública aun cuando el Estado posea la mayoría total o la casi totalidad de las acciones y el poder decisorio de la entidad, y admiten una injerencia del Derecho Público en aquellas relaciones atinentes a la dirección y control de tales entidades<sup>44</sup>.

En el derecho español, Parada nos presenta la siguiente clasificación<sup>45</sup>:

- a) En primer lugar, las Entidades públicas empresariales, “que realizan funciones de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica, y aun cuando son regidos en general por el Derecho Privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades pública y con determinados aspectos de su funcionamiento”, que corresponde la Jurisdicción contenciosa administrativa por los actos dictados en el ejercicio de potestades administrativas y su régimen presupuestario, económico – financiero, de contabilidad, intervención y de control es el establecido en la Ley General Presupuestaria.
- b) En segundo lugar, la Sociedad Mercantil Estatal con forma de sociedad anónima cuyo capital sea en su totalidad directa o indirecta de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos. Estas se rigen por el derecho mercantil, civil o laboral, pero no se liberan del todo del Derecho administrativo y, en particular, de las normas administrativas sobre contratación en la cual se respetan los principios de publicidad y concurrencia.
- c) En tercer lugar, las empresas de economía mixta, “organismo en que se unen, con vistas a realizar actividad de servicio público, los Entes público y los particulares, aportando unos y otros una parte del capital”.

En la *Ley que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado* no se realiza un tratamiento diferenciado en la forma de gestión, cuando se trata de empresas que prestan servicios públicos, que realizan actividades industriales y comerciales y que cuentan con potestades públicas, encontrándose todas ellas sometidas al mismo régimen de

---

<sup>44</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo Tomo I*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 386-387 y 408.

<sup>45</sup> Parada, Ramón, *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público*, 21 Edición, Marcial Pons, Madrid 2010, p. 233, 238, 239, 246, 248, 249 y 256.

contrataciones, régimen de control presupuestal a cargo del FONAFE, al Sistema Nacional de Inversión Pública, y el Sistema Nacional de Control. Por tanto, la clasificación de empresas no se materializa en tratamientos diferenciados respecto al control que se encuentra sujetos las empresas estatales. Sin embargo, en el caso de PETROPERU S.A. existe un tratamiento diferente por la aprobación de la Ley N° 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de PETROPERU S.A. aprobado por el Congreso de la República que los excluye del FONAFE, Sistema Nacional de Inversión Pública y la Ley de Contrataciones del Estado.

## **6. Empresas del Estado sujetas al control de la Administración Pública: Justificación que está en contraposición con la autonomía que requiere para su gestión**

La relación de las empresas del Estado con la Administración Pública se plasma en el control que esta última ejerce, lo que se justifica por constituir dichas empresas un instrumento que se pone al servicio de intereses públicos, concretamente por la influencia del Estado en la composición de los órganos de dirección de la sociedad y en los criterios de actuación a seguir por la misma a través de la Junta General de Accionistas, con la salvedad que mientras en las entidades públicas se produce una “integración” en la Organización administrativa, en el supuesto de las formas jurídico-privadas de empresa pública, lo que hay es una “conexión” que explica la relación instrumental; es decir el control de la empresa por la administración pudiendo este realizarse por cauces jurídicos públicos o privados<sup>46</sup>.

Concretamente, por este control existe la posibilidad de que los órganos del Estado a nivel legislativo, judicial o ejecutivo incidan jurídicamente en la actividad de la empresa pública, cuya finalidad es comprobar sus resultados y sancionar las disfuncionalidades que pudieran presentarse<sup>47</sup>.

Desde un punto de vista objetivo, los controles pueden ser orgánicos o funcionales. En el primer caso se trata de aquellos que son ejercidos directamente sobre las personas responsables de la marcha de la empresa, que traen como resultado sanciones o el despido; y en el segundo caso, versan sobre la actividad misma de la empresa, entre los cuales podemos encontrar los controles presupuestarios, de legalidad, financiero, de eficacia o contable<sup>48</sup>.

A continuación, de acuerdo a la legislación peruana, son los principales controles a los cuales se sujetan las empresas del Estado:

### **6.1. Control del Holding o de los entes de gestión que los agrupa:**

Su finalidad es llevar a cabo la dirección y control de las empresas públicas que lo agrupan, y lo tiene a su cargo del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del

<sup>46</sup> ALONSO UREBA, Ob. Cit. pp. 299-300.

<sup>47</sup> SANCHEZ MORON, Ob. Cit. p. 105.

<sup>48</sup> Ídem, pp. 105-106.

Estado (FONAFE), empresa del Estado de Derecho Público que asume el rol de holding de las Empresas del Estado del Gobierno Central, y constituye el titular de las acciones del Estado, además de gozar de poderes normativos en la dirección de la actividad empresarial del Estado. No obstante, en el ámbito regional y municipal, las empresas no se encuentran agrupadas a un Holding, sino son sometidas a la jurisdicción del Gobierno Regional y Local.

El FONAFE ha sido creada mediante Ley N° 27170. Su Directorio está conformado por los Ministros de Economía y Finanzas, Transportes y Comunicaciones, Vivienda, Construcción y Saneamiento, Energía y Minas, a cuyo sector está adscrito PROINVERSION y el Presidente del Consejo de Ministros. Tiene a su cargo la planificación estratégica, precisando las acciones concretas a realizar, el control presupuestario, la aprobación de las normas de gestión y la designación de sus directivos mediante Acuerdos de Directorio, entre otros

## 6.2. Control de legalidad y control de eficiencia

El control de legalidad consiste en verificar la adecuación de la gestión económica objeto de fiscalización y por otro lado, el control de eficacia radica en el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de los respectivos servicios o inversiones a ejercer. Estos controles deben ser realizados mediante auditorías efectuadas por el Sistema Nacional de Control. Este tema se analizará en la segunda sección.

## 6.3 Control sectorial

Las empresas del Estado se encuentran adscritas a un determinado sector; lo cual significa una relación o vinculación técnico – funcional con el Ministerio correspondiente. Esto encaja en la estructura del Estado, sin necesidad de crear nuevas instituciones. Sin embargo, la misma división por sectores no siempre respeta las realidades empresariales, que puede llegar a producirse desconcierto, descoordinación, duplicidad de funciones, entre otros<sup>49</sup>. Por ejemplo, en el Sector Energía y Minas, las empresas estatales ELECTROPERU, PETROPERU S.A. y PERUPETRO se sujetan a las disposiciones del Ministerio de Energía y Minas.

## 6.4 Control legislativo

La participación del Congreso de la República en el control de las empresas del Estado puede incidir en primer lugar con la aprobación de leyes generales y sectoriales, leyes específicas de creación de las empresas, de los presupuestos y de los planes económicos generales; y por otro lado, la Comisión de investigación a través de ellas se ejerce un control inspector sobre las Administraciones Pública que evite las dificultades o inconvenientes de la responsabilidad gubernamental<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> CESPEDES, Ob. Cit. p. 109

<sup>50</sup> SANCHEZ, Ob. Cit. p.108.

## 6.5 Control judicial

Las relaciones externas de las empresas del Estado se ajustan al Derecho Privado en consecuencia sus actos y contratos son revisados por Tribunales ordinarios. Sin embargo, los actos recogidos por el Derecho Administrativo, previo recurso administrativo al interior, será competencia del proceso contencioso administrativo.

Asimismo, en materia penal también los jueces conocen de delitos funcionales cometidos en el ejercicio de sus cargos por los trabajadores de las empresas estatales.

Céspedes sostiene que se requiere de un acertado control de la empresa pública, pero conjugado con un adecuado nivel de autonomía, que permita a la empresa sostenerse por sí misma y cumplir con los delicados fines públicos y comerciales para los cuales ha sido creada<sup>51</sup>.

Sobre las empresas, los principios de la OECD señalan que deben estar configurados en: “Un efectivo marco regulatorio y legal para las empresas del Estado, los principios básicos del Estado actuando como propietario, el tratamiento equitativo de los accionistas y las relaciones con los grupos de interés, la transparencia y entrega de información y las responsabilidades de los Directorios en las empresas del Estado”.

Asimismo, ante este supuesto dilema entre control y autonomía, Austin propone estas conclusiones<sup>52</sup>:

- a. *“Las empresas estatales no pueden ser plenamente autónomas debido a que, por definición, son herramientas del gobierno para alcanzar sus objetivos. El asunto, entonces, es el de encontrar un grado de autonomía en lugar de buscar una autonomía total respecto del gobierno central.*
- b. *La autonomía como concepto aislado no tiene un valor en sí. Lo relevante es el efecto que puede tener el grado de autonomía sobre la eficiencia de la empresa; incluso una autonomía exagerada conduce a una gestión deficiente.*
- c. *No existe “el” grado correcto de autonomía, debido a que las empresas estatales son diferentes unas de otras respecto de sus objetivos y actividades, su estructura de mercado, escala y el contexto ideológico en el que operan.*
- d. *Así pues, no existe un dilema entre autonomía y control; no se trata de escoger entre conceptos, pues ambos son necesarios, sino de encontrar puntos intermedios adecuados”.*

En efecto, el ordenamiento jurídico peruano ha incluido a las empresas del Estado en la Organización Administrativa como parte del Poder Ejecutivo, estableciendo que las

---

<sup>51</sup> CESPEDES. Ob. Cit. p. 112.

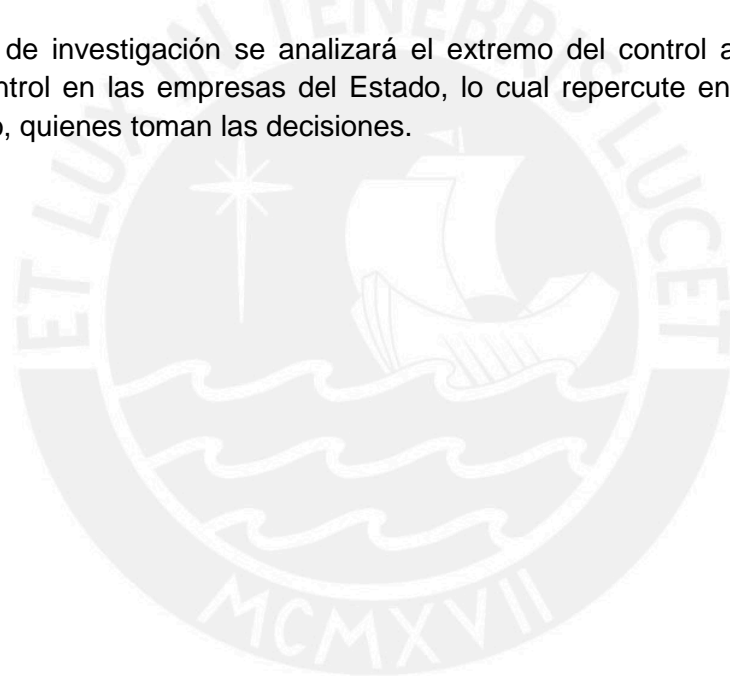
<sup>52</sup> Ídem, p. 100.



empresas del Gobierno Central se encuentran agrupadas por el FONAFE quien supervisa su gestión presupuestaria, de personal, entre otros. También se encuentran adscritas a los Ministerios sectoriales quienes aprueban disposiciones reglamentarias en relación a estas; y cargada en ciertos momentos de interferencias políticas para la toma de sus decisiones de gestión –que deberían por el contrario ser técnicas-; y finalmente sujetas a los sistemas administrativos aplicables a todo el Sector Público. Sin embargo, ello en ocasiones no promueve su eficiencia, por el contrario no le permite competir en caso que no sea única, o mejorar sus estándares de calidad.

A ello surge diversos cuestionamientos sobre el límite de autonomía que debe otorgarse a las empresas del Estado, siendo el control también necesario pues la empresa estatal tiene como dueño al Estado, quien debe velar por los recursos públicos invertidos para su creación y posterior avales en las acciones de endeudamiento que se afuera, así como cautelar que la finalidad para lo cual se justificó su creación.

En este trabajo de investigación se analizará el extremo del control a cargo del Sistema Nacional de Control en las empresas del Estado, lo cual repercute en su gestión y en su personal a cargo, quienes toman las decisiones.



## SECCION II

### LA IDENTIFICACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL MARCO DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y LA EXCLUSIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA LOS TRABAJADORES DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO

Las empresas del Estado se encuentran sujetas al Sistema Nacional de Control, que ejerce el control gubernamental y tiene como objetivo prevenir y verificar la gestión de los recursos y bienes del Estado, la conducta honesta y proba de los funcionarios públicos, y el cumplimiento de metas y resultados. La presente sección tiene como objetivo desarrollar los conceptos de control y sus modalidades, para centrarse específicamente en el concepto de funcionario público para efectos del Sistema Nacional de Control y los tipos de responsabilidad a los cuales se encuentra sometida los funcionarios públicos. Especialmente sobre la responsabilidad penal de los trabajadores de las empresas estatales se ha generado una controversia del artículo 425° del código Penal con el artículo 40° de la Constitución de 1993, que se analizará desde el punto de vista de la doctrina, legislación nacional e internacional y la jurisprudencia.

#### 1. El Sistema Nacional de Control

De acuerdo a PAREJO<sup>53</sup>, el control es una función del Estado, caracterizada por ser una actividad de confrontación o comprobación que emite un juicio contrastado con criterios, realizada por un órgano interno o entidad que revisa la actividad de otro, en base al juicio emitido, corresponde la adopción de una medida de contenido y alcance diverso y, por tener efectos positivos o negativos en la actividad revisada, de modo diverso, dependiendo del carácter de la medida adoptada.

Este control puede revestir diversas modalidades, dependiendo del punto de vista que se analice. Puede ser control de legalidad en general o legalidad contable financiera, control de mérito y control de buena administración. Asimismo, respecto al momento que se ejerce, tenemos al control previo, control concurrente y control posterior<sup>54</sup>.

Como se ha señalado en el capítulo anterior, existe una diversidad de controles a los cuales se encuentran sometidas las empresas del Estado, una de ellas es el Control a cargo del Sistema Nacional de Control, que tiene como Órgano Técnico Rector a la Contraloría General de la República, la cual supervisa de acuerdo al artículo 82° de la Constitución

<sup>53</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tirant to Blanch, Valencia, 2008, pp. 535-536.

<sup>54</sup> MEDAUAR, Odette. *Direito Administrativo Moderno*, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2011, pp. 399-400.

Política del Perú<sup>55</sup>, la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. Esta última facultad es más amplia, por cuanto incluye a los actos administrativos, los actos de administración y los actos jurídicos que realizan dichas entidades, tanto en la gestión como en su dirección<sup>56</sup>.

Actualmente, el Sistema Nacional de Control se rige por la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República dictada en el 2002, cuyo alcance comprende a las entidades que gerencien recursos o bienes a cargo del Estado, sean estatales o no estatales, integrantes del Poder Ejecutivo y otros Poderes del Estado; sin que se admitan zonas carentes de fiscalización. En dicho ámbito se incluye expresamente a las empresas del Estado, sean Accionariado Único, Accionariado Mixto o aquellas en las cuales solo tiene una mínima participación.

De acuerdo a la normativa del Sistema Nacional de Control, la Contraloría y sus órganos desarrolla su labor de control, a través de las Auditorías que fiscalizan las actividades administrativas de las entidades, pues cuentan con poderes de investigación, examinado los documentos, papeles o entrevistando a los funcionarios<sup>57</sup>.

La actuación del Sistema Nacional de Control comprende las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanza a su personal –independientemente de su régimen de contratación- que presta sus servicios.

Los resultados de dicha investigación se materializan en los Informes de Auditoría en los cuales se emiten observaciones que pueden conllevar a la identificación de responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal de los funcionarios públicos, en los casos que se detecten incumplimientos normativos, la existencia de un perjuicio económico ocasionado por la falta de diligencia o dolo del funcionario público, o los hechos constituyan indicios de comisión de Delitos contra la Administración Pública u otros delitos.

---

<sup>55</sup> "Artículo 82.- La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave".

<sup>56</sup> Compendio Normativo del Sistema Nacional de Control. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Lima, 1999, p. 23

<sup>57</sup> Medauar, Ob. Cit. p. 408.

## 2. Clases de Control

De acuerdo a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control<sup>58</sup>, se pueden clasificar<sup>59</sup>:

### 2.1 En función de quién lo ejerce

Se clasifica en control interno y control externo.

El control interno puede ser simultáneo y posterior; y es ejercido por los Órganos de Control Institucional. En cambio, el control interno externo puede ser previo, simultáneo y posterior; y lo ejerce la Contraloría u otro órgano del Sistema por encargo o designación de esta. En el caso del control externo posterior, puede ser ejecutado además por las Sociedades de Auditoría que sean designadas por la Contraloría. El control gubernamental externo posterior se realiza fundamentalmente mediante acciones de control.

Cabe precisar que el Sistema Nacional de Control está conformado por la Contraloría General de la República (CGR), como el organismo superior de control, responsable de la opinión vinculante en materia de control, el Órgano de Control Institucional (OCI) vinculado organizacionalmente a la entidad sujeta a control pero con independencia funcional pues el resultado de sus labores lo reporta directamente a la Contraloría General; y las Sociedades de Auditoría (SOA), son designadas por la Contraloría General y contratadas, durante un período determinado, para realizar servicios de auditoría en las entidades, en materia económica, financiera, de sistemas informáticos, de medio ambiente y otros.

### 2.2 En función del momento de su ejercicio

Se clasifica en control previo, simultáneo y posterior:

- a) Los servicios de control previo son aquellos que efectúa exclusivamente la Contraloría General de la República con anterioridad a la ejecución de un acto u operación de la empresa, con el objeto de emitir un resultado según corresponda a la materia del requerimiento que realice la empresa solicitante del servicio.
- b) Los servicios de control simultáneo son aquellos que se realizan a las actividades de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de una empresa sujeta a control gubernamental, con el objeto de alertar a la entidad de hechos que ponen en riesgo el resultado o logro de sus objetivos.
- c) Los servicios de control posterior son aquellos que se realizan con el objeto de efectuar la evaluación de los actos y resultados ejecutados por las empresas en la gestión de los bienes, recursos y operaciones institucionales.

---

<sup>58</sup> Conforme a los artículos 7 y 8 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control.

<sup>59</sup> Resolución de Contraloría N° 273-2014-CG de 13 de mayo de 2014, Normas Generales de Control Gubernamental.

### 3. El Control Gubernamental en las empresas del Estado

La empresa estatal nace por la necesidad de crear nuevas formas más ágiles para administrar los bienes y servicios que el Estado requiere proveer. Sin embargo, por su calidad de estatal, se encuentra sometida a la dirección del gobierno, quien a través del Control Gubernamental ejerce su poder de dirección-control, directamente relacionada con la responsabilidad que le asigna el Estado<sup>60</sup>.

El Estado establece esta medida de control a fin de cumplir con sus propósitos entre los cuales se encuentra<sup>61</sup>:

- a) Protección del patrimonio público (es decir el capital de las empresas).
- b) Administración de la política económica como el mercado de capitales, el crédito interno o externo o la emisión de bonos.
- c) La instrumentación de políticas macroeconómicas tales como la responsabilidad de las empresas de la provisión de bienes y servicios, que en ocasiones no es rentable o necesario para la empresa privada.
- d) Protección de determinados sectores de la población, en caso de desarrollo regional o fuente de empleo.

Asimismo, este control gubernamental instalado en cada empresa debe promover al interior de las mismas la eficacia y eficiencia en su gestión, la previsión de prácticas de corrupción administrativa y una adecuada distribución de los recursos, específicamente sus dividendos o pérdidas.

El control de la empresa estatal, está directamente relacionado con el personal directivo o administrativo que toma decisiones o las ejecuta en función a los objetivos estratégicos aprobados para la empresa y de acuerdo a la legislación nacional a la cual se encuentra sometida por su calidad de empresa estatal así como la aplicable a la empresa privada.

Es en dicho marco que el personal es susceptible de caer en responsabilidad administrativa, civil o penalmente de acuerdo a la legislación en materia de control, lo cual genera situaciones de controversia por la naturaleza pública y privada que ostentan las empresas estatales y que será materia de análisis a continuación.

Sin embargo, las disposiciones en materia de control gubernamental son aplicables tanto a las empresas del Estado así como a cualquier entidad del Sector Público, sin distinguir su condición empresarial respecto de una entidad de la Administración Pública, del Gobierno Central, Regional o Local. Ello genera que se efectúen preponderantemente

---

<sup>60</sup> VALDES, Mauricio. *El control de las empresas estatales*. En Revista de Administración Pública, Instituto de Administración Pública de México, Tomo 59/60, Julio Diciembre 1984, p. 131-132.

<sup>61</sup> Ibidem.



Auditorías de Cumplimiento de la normativa legal, pues básicamente los lineamientos dictados por la Contraloría General así lo definen.

#### **4. El concepto de Funcionario Público desde el punto de vista del Sistema Nacional de Control**

El control gubernamental está ligado a la responsabilidad pública, por eso la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General define como Servidor o Funcionario Público para sus efectos: “a todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades”.

Por esta definición, los trabajadores de las empresas del Estado están considerados como funcionarios públicos para efectos del Sistema Nacional de Control, al cumplir las siguientes condiciones: los trabajadores estables, a plazo fijo o contratados por Locación de Servicio mantienen un vínculo laboral o contractual con las empresas del Estado, las cuales se encuentran comprendidas en el alcance de la Ley N° 27785.

En efecto, cuando se detecte desviaciones que ameriten la identificación de responsabilidad, se reflejará en los Informes de Auditoría la responsabilidad de aquellos que son considerados funcionarios públicos según la precitada ley. Sin embargo, si bien para efectos de dicho Sistema, los trabajadores de las empresas estatales son considerados funcionarios públicos y para legislación especial como el Código Penal. Al momento de su aplicación, surge discusiones en torno a si ostentan tal calidad, pues entran en contradicción con el artículo 40° de la Constitución de 1993, que en su segundo párrafo los excluye de la función pública.

#### **5. Los trabajadores de las empresas del Estado no se encuentran comprendidos en la función pública**

El segundo párrafo del Artículo 40° de la Constitución de 1993 excluye de la función pública a los trabajadores de las Empresas del Estado y de sociedades de economía mixta<sup>62</sup>. Ello ha merecido diversas interpretaciones desde el hecho de que dicha disposición solo tiene efectos previsionales hasta que los trabajadores de las empresas del Estado no son responsables penalmente como funcionarios públicos cuando se trata de la responsabilidad por delitos contra la Administración Pública. Sin embargo, es importante zanjar el alcance de este artículo que genera controversia hasta la actualidad, para efectos del trabajo de investigación.

##### **5.1. Antecedentes del Artículo 40° de la Constitución de 1993**

Como un dato histórico, BERNALES recuerda que, en el pasado, los trabajadores de las empresas de propiedad, íntegramente del Estado o en las cuales tuvo participación en otras

<sup>62</sup> Actualmente empresas del Estado con accionariado privado.

sociedades con particulares, estuvieron sujetos a la carrera administrativa. Sin embargo, las leyes les otorgaron la situación de trabajadores del sector privado. Asimismo este autor refiere, constitucionalmente, que ahora todos pertenecen al sector privado, lo cual permite que las autoridades de estas empresas tengan menores obstáculos para cambiar de dedicación, para despedir al personal de la empresa y para aumentar sus sueldos sin estar sujetos a los límites que tienen los servidores del Estado<sup>63</sup>.

A diferencia de lo señalado en el precitado Artículo 40°, la Constitución de 1979 estableció, en su Capítulo IV “De la Función Pública”, que la ley regulaba el ingreso, derechos y deberes que corresponden a los servidores públicos, y que los funcionarios que desempeñaban cargos políticos o de confianza así como los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedad de economía mixta no estaban comprendidos en la carrera administrativa.

En esa misma línea, se aprobó el Decreto Legislativo N.° 276 de 24 de marzo de 1984<sup>64</sup>, el cual estableció que los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica, no estaban comprendidos en la carrera administrativa. La exclusión de los trabajadores de las empresas del Estado y de sociedades de economía mixta de la carrera administrativa resultaba coherente, puesto que, estos se regían por el régimen laboral privado aprobado por el Texto Unido Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728<sup>65</sup>.

Posteriormente, en 1993, se aprobó una nueva Constitución Política, que previamente fue debatida por el Congreso Constituyente. Uno de los temas del debate fue la exclusión de los trabajadores de las empresas del Estado de la función pública. En estos debates, hubo diversas posiciones e interrogantes sobre su situación y las consecuencias de dicha exclusión. En este se señaló lo siguiente<sup>66</sup>: “... no son funcionarios públicos, en la medida que no ejercen imperio. Las empresas públicas son empresas —como bien se ha señalado aquí— que van a entrar en competencia, en la medida que todavía exista, con cualquier otra empresa privada. No se ejerce allí imperio. Por lo tanto, no hay función pública”. Adicionalmente se aclaró que el hecho de que los trabajadores no estén comprendidos en la función pública, es independiente de su régimen laboral privado. Sin embargo, esta exclusión fue materia de preocupación por un congresista por el hecho de que no se encuentren sometidas a determinados impedimentos establecidos para los funcionarios públicos, así como a la fiscalización. Por ello, se propuso añadir: “Sin embargo, de acuerdo a los cargos desempeñados, les son extensivas las obligaciones previstas para los funcionarios o servidores públicos que administran o manejan fondos del Estado”. No obstante, este párrafo no fue incluido finalmente en el Artículo 40° de la Constitución.

---

<sup>63</sup> BERNALES, Ob. Cit. p. 262.

<sup>64</sup> Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

<sup>65</sup> TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

<sup>66</sup> Se encuentre en el folio 725 del Tomo II del Diario de Debates de la Comisión de Constitución y de Reglamento para la Constitución de 1993.

En los últimos debates sobre el segundo párrafo de este artículo<sup>67</sup>, se indica que del modo como ha quedado redactado, los trabajadores de estas empresas no podrán reclamar derechos previsionales. Por tanto, de una interpretación teleológica de la Constitución de 1993, se excluye a los trabajadores de las empresas del Estado de la función pública por su carácter empresarial a efectos de que compitan en el mercado sin mayores obstáculos y por no gozar del “*ius imperium*”.

## 5.2. Definición de Función Pública en el ordenamiento nacional y derecho comparado

A continuación se citará las distintas definiciones que la legislación nacional o internacional y el derecho comparado han formulado, de modo tal, de comprender el alcance de la exclusión de los trabajadores de las empresas estatales de la función pública:

- a) En la legislación nacional encontramos una definición de función pública, para efectos de la Ley N° 27815, Ley de Código de Ética de la Función Pública que señala: “... toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”. Esta disposición relaciona directamente la función pública con el personal contratado bajo cualquier forma en las entidades de señaladas en el artículo 1° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, incluyendo a las empresas públicas.
- b) En un Informe preparado por SERVIR ha utilizado el concepto de Función Pública tomada de la Carta Iberoamericana de Función Pública<sup>68</sup>, la cual señala:

*“La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general. En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos”.*

---

<sup>67</sup> Ubicado en el folio 2860 del Tomo V del Diario de Debates de la Comisión de Constitución y de Reglamento para la Constitución de 1993.

<sup>68</sup> Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003

- c) SANCHEZ señala que la Administración Pública es animada por un conjunto muy numeroso de personas físicas que en ellas trabajan; que constituyen el factor humano de la organización pública. Estas personas reciben el nombre de funcionarios y el conjunto de que forman parte puede denominarse, en un sentido subjetivo, la función pública. Asimismo, PARADA<sup>69</sup> sostiene que el ejercicio de la función pública se encuentra directamente vinculado a la organización de la administración. Sin embargo, las relaciones jurídicas al interior de la misma, escapan a la tutela exclusiva del Derecho Administrativo; precisando que: "... con el término función pública suele designarse tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a sus cargos las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y la organización que les encuadra".<sup>70</sup>

Por tanto, si la función pública está vinculada con el personal que está al servicio de la Administración Pública, así como el régimen jurídico al que están sometidos, entendemos que el sentido del segundo párrafo del artículo 40<sup>o</sup> está orientado a que los trabajadores de las Empresas del Estado no se rigen por las normas correspondientes al empleo público aplicables a los funcionarios de la Administración Pública.

Al respecto, el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE es de la opinión que los trabajadores de las empresas del Estado independientemente de su forma jurídica no sean considerados empleados públicos sino por el contrario se rigen por el Régimen Laboral de la Actividad Privada, regulada por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728<sup>71</sup>.

Por su parte en el derecho comparado, SANCHEZ, quien ha efectuado un exhaustivo análisis de la función pública en España, sostiene que en las empresas públicas, su personal que lo integra, no es parte del empleo público, pues su relación es de naturaleza estrictamente privada regulada por el Derecho del Trabajo, lo cual tiene sus excepciones por la naturaleza pública de la empresa, lo que conlleva a la aplicación de ciertas especialidades propias del derecho público como el caso de las incompatibilidades o el concurso público para el ingreso a la empresa<sup>72</sup>. En efecto, como veremos en el siguiente capítulo, a los trabajadores de las empresas estatales en el Perú le son aplicables disposiciones sobre incompatibilidades, nepotismo, entre otros.

---

<sup>69</sup> RAMON PARADA, citado por MARTIN TIRADO, Richard. *El ejercicio de la Función Pública y su vinculación con los Sistemas de Contratación de Personal*. Tomado del CD Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 26, 2000.

<sup>70</sup> *Ibíd.*

<sup>71</sup> Informe N° 022-2009/GL-FONAFE de 15 de octubre de 2009, el Fonafe realiza un análisis entorno a la categoría jurídica otorgada normativamente a los trabajadores de las empresas del Estado – FONAFE y las empresas bajo su ámbito. Considerando lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

<sup>72</sup> SANCHEZ MORON, Ob. Cit. p. 62.



## 6. El marco jurídico en la identificación de Responsabilidad de los Funcionarios Públicos por parte del Sistema Nacional de Control

El artículo 41° de la Constitución Política del Estado señala que mediante promulgación de ley expresa se determina la responsabilidad de los funcionarios o servidores públicos; cuando se señala textualmente que: “La Ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública”. En ese sentido, la Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, regula que los funcionarios y servidores públicos son pasibles de incurrir en Responsabilidad Administrativa, Civil o Penal, siendo que la misma Ley Orgánica establece tanto las entidades sujetas a control, encontrándose las empresas del Estado dentro del ámbito del Sistema Nacional de Control, así como define el concepto de funcionario público sujeto a control, incluyéndose en dicha definición a los trabajadores de las empresas del Estado.

El Sistema Nacional de Control como resultado de sus labores de control, identifica tres tipos de responsabilidad a los funcionarios públicos, las cuales son independientes entre sí y se exigen de acuerdo a la normativa aplicable, dada su diferente naturaleza.

### 6.1 La Responsabilidad Administrativa de los Funcionarios Públicos

El fundamento de la potestad sancionadora de la Administración Pública es asegurar que sus agentes cumplan las obligaciones a su cargo así como el buen funcionamiento de la organización administrativa, la cual se encuentra sujeto a un marco jurídico público, justificado por la naturaleza de la actividad de los funcionarios públicos, distinto a los empleados del sector privado, quienes se encuentran sometidos a normas de incompatibilidad y principios de imparcialidad, especial integridad, consideración con el público, entre otros<sup>73</sup>.

Actualmente, los servidores y funcionarios públicos se encuentran sometidos al Régimen Laboral Público (Decreto Legislativo N° 276, Ley de la Carrera Administrativa)<sup>74</sup>, al Régimen Laboral Privado (TUO Decreto Legislativo N° 728)<sup>75</sup>, al Régimen de Contratación Administrativa de Servicios (Decreto Legislativo N° 1057)<sup>76</sup>; y se viene implementando de

<sup>73</sup> SANCHEZ MORON, Ob. Cit. p. 300.

<sup>74</sup> Se caracteriza por ser un sistema cerrado, pues el ingreso a la carrera se realiza en el último nivel de cada grupo ocupacional y la progresión depende del cumplimiento de requisitos previamente determinados, que incluyen antigüedad en el puesto, capacitación y evaluación. Además, cuenta con tres grupos ocupacionales (profesional, técnico y auxiliar) de distintos niveles cada uno, todos ellos bajo un Sistema Único de Remuneraciones. Este régimen público es de naturaleza estatutaria y se rige por el Derecho Administrativo.

<sup>75</sup> Bajo este régimen se relativizó la estabilidad laboral absoluta, se otorgó la posibilidad de celebrar contratos de trabajo sujetos a modalidad (contratos de naturaleza temporal, de naturaleza accidental y contratos para obra o servicio) y se ampliaron las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo la posibilidad de ceses colectivos por causas objetivas. Este régimen laboral es de naturaleza contractual y se encuentra sujeto a las normas del Derecho Laboral

<sup>76</sup> Se trata de una modalidad contractual privativa del Estado, en la que se presta servicios de manera no



forma progresiva el Régimen del Servicio Civil de acuerdo a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y sus Reglamentos aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Sin perjuicio de los distintos regímenes laborales existentes actualmente en el Sector Público, el Sistema Nacional de Control conceptualiza a la Responsabilidad Administrativa como:

*“La Responsabilidad Administrativa es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control. Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia, previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de la misma, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia”<sup>77</sup>.*

Recientemente, mediante Ley N° 29622, que modificó la Ley N° 27785, el Poder Legislativo se ampliaron las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional a favor de la Contraloría General de la República, quien deberá imponer las sanciones por la responsabilidad administrativa identificada a los funcionarios públicos como producto de los Informes de Control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control en los cuales se identifique la comisión de una presunta infracción tipificada como Grave o Muy Grave.

Esta modificación legislativa trae como consecuencia que el deslinde de responsabilidad no se encuentre a cargo únicamente del empleador, sino que en aquellos casos en que la conducta tipifique como infracción, los funcionarios sean sometidos a un procedimiento sancionador a cargo de los Órganos Instructores, los Órganos Sancionadores y el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

En el caso de las empresas del Estado sujetas al ámbito del Sistema Nacional de Control, sus trabajadores son considerados funcionarios públicos para efectos del Sistema conforme a la Novena Disposición Complementaria de dicha Ley N° 27785; en consecuencia, los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control podrán identificar responsabilidad administrativa funcional bajo los alcances de la Ley N° 27785 y la Ley N° 29622.

---

autónoma mediante un vínculo administrativo con la administración pública aplicable a todas las entidades del Sector Público, con excepción de las Empresas del Estado. Los CAS fueron creados en reemplazo de los Servicios No Personales (SNP). Asimismo, es preciso resaltar que el régimen CAS supone una contratación temporal por un periodo restringido a un año fiscal, renovable. Se sustenta bajo los siguientes principios de: mérito, capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública.

<sup>77</sup> De acuerdo a la Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

El poder disciplinario del empleador en las empresas del Estado respecto a sus trabajadores se realiza de acuerdo a su Reglamento Interno de Trabajo y normas internas conforme al Régimen Laboral Privado; a diferencia de los funcionarios públicos quienes se encuentran sometidos a las normas de Servicio Civil.

Sin embargo, a partir de la dación de la Ley N° 29622, el poder disciplinario no será atribución exclusiva de las autoridades al interior de las empresas o entidades del Estado, sino en determinados casos que tipifiquen infracciones graves o muy graves identificadas, los trabajadores estarán sometidos a las sanciones de suspensión o inhabilitación de la función pública.

En el Régimen Laboral Privado, las sanciones que impone el empleador a sus trabajadores son la suspensión por la inhabilitación administrativa o judicial por un período no superior a tres meses, así como el despido por la comisión de falta grave, por la condena penal por delito doloso y por la inhabilitación del trabajador por autoridad judicial o administrativa por un periodo mayor a tres meses.

En este caso las sanciones que impondrá la Contraloría General son independientes del Régimen Laboral Privado, pues la inhabilitación es de la función pública. Ahora bien, los trabajadores de las empresas estatales podrían plantear que ellos no ejercen función pública, en consecuencia no pueden ser sancionados con este tipo de sanción, basándose en el artículo 40° de la Constitución; situación que se verá más adelante cuando se vayan presentando la casuística.

## 6.2 La Responsabilidad Civil de los Funcionarios Públicos

Adicionalmente a la responsabilidad administrativa, el funcionario también puede incurrir en responsabilidad civil por los daños y perjuicios que pueda ocasionar en el ejercicio de sus funciones. En ese sentido, la Novena Disposición Final de la Ley N° 27785, la define como: *“(...) aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.”*

Este tipo de responsabilidad se encuadra en el artículo 1321 del Código Civil que contempla la responsabilidad civil contractual, en caso se origine un daño o perjuicio por el incumplimiento de las obligaciones por dolo, culpa inexcusable o leve.

En concordancia con ambas normas, se requiere que el acto perjudicial se realice en ejercicio de sus funciones y que el daño que se ocasione sea por el incumplimiento de las obligaciones que son propias del cargo que ocupa. Por lo tanto, no todo daño que cause un funcionario a un tercero o a la propia empresa da lugar a la responsabilidad civil, ya que puede haber existido fuerza mayor o ser culpa del tercero dañado o incluso, de otro tercero.

Asimismo, el funcionario público debe responder por sus actos y omisiones tanto frente a los particulares a quienes lesione como frente al propio Estado cuando de su obrar derive un

perjuicio patrimonial a las arcas públicas. Es así que la responsabilidad patrimonial –entiéndase como responsabilidad civil- es la que sucede cuando el accionar del agente público produce daños a terceros ajenos a la Administración o a la propia Administración<sup>78</sup>.

Por su parte, PARADA<sup>79</sup> sostiene que la responsabilidad puede ser frente a la administración por vía de regreso, por el cual se atribuye a la Administración la facultad de repetir lo satisfecho contra sus funcionarios, autoridades o agentes causantes del daño mediante dolo, culpa o negligencia; y por otro lado, la responsabilidad directa del funcionario público frente a la Administración.

En efecto, para este tipo de responsabilidad no se ha generado controversia respecto a la calidad de los trabajadores de las empresas del Estado, por cuanto se rige por las reglas del Código Civil para la responsabilidad civil contractual, que son aplicables de modo general tanto para el régimen privado como al régimen público.

### 6.3 La Responsabilidad Penal de los funcionarios públicos

De los tres tipos de responsabilidad que identifica el Sistema Nacional de Control, la más discutida por la gravedad de sus sanciones es la responsabilidad penal, por ello se profundizará sobre la problemática suscitada con la vigencia de la Constitución Política del Estado de 1993, que originó una colisión entre la norma constitucional y el Código Penal vigente desde 1991.

En el segundo párrafo del artículo 40° se excluye de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, mientras que en el tercer numeral del artículo 425° del Código Penal se señala taxativamente que son funcionarios públicos, los de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado.

Frente a ello, el 09 de octubre de 1996 se presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 2024/96CR, cuya iniciativa legislativa exponía la colisión entre normas señaladas en el párrafo anterior precisando que la norma constitucional prevalece, por lo que algunos artículos del Código Penal, como el artículo 384 –delito de Colusión Desleal - debía ser modificado extrayendo de su texto los términos que comprendían a “(...) defrauda a empresas del Estado o Sociedades de economía mixta”. Asimismo propuso la modificación del numeral tercero del artículo 425° comprendiendo solamente a los organismos sostenidos por el Estado, referidos a universidades nacionales, beneficencias y el Instituto de Seguridad Social, proponiendo que dicho numeral debía ser redactado de la manera siguiente: “3. Los miembros de los organismos sostenidos por el Estado”.

---

<sup>78</sup> OMAR CANDA, Fabian. *La Responsabilidad de los funcionarios públicos*. En Documentación Administrativa. Madrid, 2004, N° 269-270, p.347.

<sup>79</sup> PARADA, Ramón. Ob. Cit., pp. 562-563.

El Proyecto de Ley excluía a los trabajadores de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta del numeral tercero del artículo 425°. No obstante, el 04 de diciembre de 1996, luego de debatirse el Proyecto de Ley en el Pleno del Congreso, se emitió la Ley N° 26713 concluyendo modificar el artículo 425° como se señala a continuación:

*“Artículo 425.- Se consideran funcionarios públicos:*

*3. Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”.*

Inmediatamente después de la dación de la Ley N° 26713<sup>80</sup> que define, entre otros, quienes deben ser considerados funcionarios públicos; la Contraloría General de la República formuló consulta al Congreso de la República<sup>81</sup> acerca de la interpretación del segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución Política del Estado<sup>82</sup>.

En respuesta, mediante Oficio N° 181-97-CR-CJ/P del 06 de febrero de 1997, la Presidencia de la Comisión de Justicia del Congreso de la República ha absuelto dicha consulta, señalando lo siguiente<sup>83</sup>:

*“Si bien la modificatoria efectuada mediante la citada norma legal se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 40° de la Constitución Política del Estado en cuanto no considera dentro de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado, no es menos cierto que para efectos de la Ley Penal y dentro del esquema del Sistema Nacional de Control, dichos trabajadores continúan siendo pasibles de incurrir en responsabilidad penal cuando su conducta se adecúe a los supuestos previstos en el código de la materia”.*

*De lo antes expuesto, se advierte del propio tenor de la modificatoria efectuada cuando se señala en forma expresa que involucra a quien independientemente del régimen laboral en que se encuentra mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos”.*

De acuerdo al Pronunciamiento de la Comisión de Justicia, queda claro que el numeral tercero del artículo 425° del Código Penal, comprende también a los trabajadores de las Empresas del Estado. Así también, se constata en el Diario del Debates de la citada Ley

<sup>80</sup> Publicada el 27 de diciembre de 1996, Ley que modifica el numeral tercero del artículo 425 del Código Penal.

<sup>81</sup> La Contraloría solicitó precisar si se puede afirmar que los trabajadores de las Empresas del Estado sigan siendo posibles de incurrir en responsabilidad penal, cuando su conducta se adecue a los supuestos previstos en el código de la materia (Título XVII “Delitos contra la Administración de Justicia”).

<sup>82</sup> Compendio Normativo del Sistema Nacional de Control. Ob. Cit. p. 846.

<sup>83</sup> Ibidem.



Nº 26713, el cual registra todas las intervenciones y opiniones de los Congresistas en el debate para modificar la referida norma legal, que no existe intención de excluir a los trabajadores de las empresas del Estado de la responsabilidad penal que les alcance cuando su conducta se adecúe a los tipos penales del Libro de Delitos contra la Administración de Pública.

Actualmente se ha publicado la Ley Nº 30124 publicada el 13 de diciembre de 2013 que modifica el artículo 425º del Código Penal, y respecto al numeral 3) señala que son funcionarios públicos, todo aquel que independientemente de su régimen laboral en que se encuentre mantiene vínculo laboral o contractual con las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en estas organizaciones.

De acuerdo al Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Proyecto de Ley Nº 1978/2012-PE, el segundo párrafo del artículo 40º de la Constitución no contiene una norma de naturaleza penal sino una norma de carácter administrativo; por lo que no existe impedimento constitucional para incluir en el concepto de funcionarios o servidores públicos previsto en el artículo 425º del Código Penal a los trabajadores de empresas estatales que pueden ocasionar un perjuicio al patrimonio del Estado.

En ese sentido, legislativamente ha quedado expresamente como en el Código Penal vigente de 1991, que los trabajadores de las empresas estatales son funcionarios públicos para efectos penales; por lo que, pueden ser sancionados por los Delitos contra la Administración Pública.

Por otro lado, a nivel internacional, existen dos documentos importantes tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción en las cuales se incluyen dentro del concepto de funcionario público a los trabajadores de las empresas del Estado:

a. **La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción** de 31 de Octubre de 2003, fue aprobada por el Congreso de la República del Perú, mediante Resolución Legislativa Nº 28357 de 06 de Octubre de 2004, define como funcionario público en el artículo 2 del Capítulo I “Disposiciones Generales”:

*“i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda persona que desempeña una función pública, incluso para organismo público o una empresa pública, o que preste servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte”.*



Este concepto amplio que enfatiza el aspecto de la participación en funciones públicas e incluye a las personas que trabajan en una Empresa del Estado, ha sido recogido por las Naciones Unidas en la lucha internacional contra la corrupción.

**b. La Convención Interamericana contra la Corrupción** fue adoptada en Caracas, Venezuela, aprobada mediante Resolución Legislativa N° 26757 de 13 de Marzo de 1997, y ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 012-97-RE de 24 de Marzo de 1997.

A continuación se citarán los conceptos definidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción, con el propósito de promover mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, en los Estados Partes.

*"Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.*

*"Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.*

Como producto del análisis de la citada Convención, VILLAVICENCIO TERREROS<sup>84</sup> señala que los trabajadores de las Empresas del Estado se desenvuelven dentro de la Actividad Empresarial del Estado, por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional de acuerdo al artículo 60° de la Constitución, por lo que su actividad reviste la calidad de función pública. En esta misma línea la Convención Interamericana contra la Corrupción precisa que la función pública es toda actividad realizada por una persona natural al servicio del Estado o de sus entidades. En ese sentido, por un sentido literal del concepto de "Funcionario Público" establecido por la Convención Interamericana contra la Corrupción, se encuentra incluido los trabajadores de las empresas del Estado.

Cabe destacar la finalidad político criminal de la Convención Interamericana contra la Corrupción, es ampliar los círculos de autoría, a efectos de combatir los actos de corrupción, específicamente ha dado un concepto adelantado de funcionario público, bastando únicamente un acto administrativo de selección o de emprendimiento de un título como el nombramiento o elección.

En el derecho comparado el concepto de funcionario público para efectos penales es amplio y abarca a distintos agentes estatales en diferentes organismos públicos, es así que podemos citar a la legislación española que, de acuerdo al artículo 24° del Código Penal, aprobado por LO 10/1995 de 23 de Noviembre de 1995, se establece que: "Se considerará

<sup>84</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Adaptando la Legislación Penal del Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Instituto de Estudios Internacionales, Lima, 2001, p. 15.

funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas”.

Es así que, son elementos del concepto penal del funcionario público, el título de incorporación que puede ser por disposición legal, elección o por nombramiento de autoridad competente; y en segundo lugar por la participación en el ejercicio de funciones públicas.

En Colombia, CASTRO<sup>85</sup> señala que el sujeto activo en los delitos contra la administración pública es un servidor público (categoría definida constitucional y legalmente). El artículo 123° de la Constitución Colombiana señala que son servidores públicos “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”. Por su parte el Código Penal Colombiano añade que también son servidores públicos, los miembros de la fuerza pública, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que se trata el artículo 338° de la Constitución, es decir tasas y contribuciones fiscales o parafiscales; asimismo de una cláusula abierta que incluye a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente y transitoria.

En el ámbito jurisdiccional, en el Acuerdo Plenario N° 4/97<sup>86</sup> se señala que: “la prohibición contenida en el artículo 40° de la Constitución Política del Estado tiene alcances directos exclusivamente en el ámbito del Derecho administrativo y provisional”.

Por tanto, de acuerdo al Código Penal Peruano los trabajadores de las empresas del Estado son funcionarios públicos para efectos de ser pasibles de cometer Delitos contra la Administración Pública, es más el Congreso ha efectuado una interpretación auténtica de la Constitución y de la ley que modificó el Código Penal en ese sentido; lo cual ha sido ratificado por la Corte Suprema, y a nivel internacional se cuenta con conceptos amplios y genéricos de funcionarios públicos que abarcan a los trabajadores de las empresas del Estado. No obstante ello, lo expuesto por el artículo 40° de la Constitución peruana sigue siendo tomado en cuenta por ciertos jueces que desestiman la denuncia al considerar que no constituyen funcionarios públicos, y no son pasibles de ser sancionado penalmente por la comisión de este tipo de delitos.

Sobre este tema, la jurisprudencia está dividida, por ejemplo en el caso seguido por delito de Cohecho pasivo propio contra un trabajador de SEDACUSCO Sociedad Anónima (R.N. N°

---

<sup>85</sup> CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Corrupción y Delitos contra la Administración Pública Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública*. Editorial Universidad el Rosario, Bogotá, 2009, p. 137.

<sup>86</sup> De acuerdo al artículo 116 del TUO del Poder Judicial aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS señala que los Acuerdos Plenarios son producto de Plenos Jurisdiccionales; “Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”.

3023-2009-CUSCO) la Sala Penal Transitoria<sup>87</sup> ha resuelto que el artículo 40° de la Constitución Política del Estado rige para efectos laborales derivados de la carrera administrativa, pero no restringe o excluye la responsabilidad de quienes tienen un vínculo laboral con una persona jurídica que administra fondos públicos, y comete una conducta inadecuada en perjuicio de los intereses del Estado; pues de sostener lo contrario es propiciar la impunidad de los ilícitos penales que se perpetúen en las empresas estatales; por lo que ratifica una sentencia condenatoria contra el procesado. Esta posición también la sostiene la Primera Sala Penal Especial en la Resolución N° 9 (Inc. 19-2006 – “E”), que declara infundada la Naturaleza de Excepción planteada pues consideraron que trabajadores de estas empresas si resultan ser pasibles de ser sancionados por los delitos contra la Administración Pública, por un tratamiento igualitario a todos los funcionarios del Estado, que de igual modo administran los recursos y fondos del Estado; por lo que, sostienen no se puede interpretar de modo literal el segundo párrafo del artículo 40° de la Constitución Política del Perú.

Por otro lado, los jueces han considerado que no son funcionarios públicos, argumentando que la Constitución de 1993 expresamente así lo ha establecido, y por su nivel constitucional, cualquier norma que se le oponga queda derogada. Estos casos se han presentado en el Expediente N° 1888-94-LIMA de 12.Ago.1994, Expediente N° 710-95-B ICA de 12 de Diciembre de 1996. Asimismo, la Corte Superior de Justicia de Loreto en los últimos tres años, en casos seguidos contra trabajadores de la empresa PETROPERU S.A. ha declarado Fundadas las Excepciones de Naturaleza de Acción por estos casos, por cuanto se considera que los imputados no poseen la calidad de funcionarios públicos.

Por tanto, para efectos penales los trabajadores de las empresas estatales son funcionarios públicos y pueden cometer Delitos contra la Administración Pública de acuerdo a la legislación vigente, que es concordante con las normas internacionales y por un sector de los jueces y fiscales que tramitan estos delitos y no decaen por excepciones de naturaleza de acción.

Sin embargo, surge la siguiente interrogante si todos los actos realizados por los trabajadores y directivos de las empresas del Estado vulneran el bien jurídico protegido por los Delitos contra la Administración Pública o existen situaciones como las decisiones en las cuales asumen riesgos para lograr, como por ejemplo, mayores ventas, mejor reputación, presencia en el mercado, que son propias de las empresas privadas, y deben ser sancionadas como funcionarios públicos en caso dicha situación –de algún modo- califique como un delito contra la Administración Pública. Ello se analizará en la siguiente sección.

---

<sup>87</sup> Jurisprudencia Sumillada “Concepto restringido de funcionario previsto en el artículo 40° de la Constitución no rige en sede penal sino en el ámbito administrativo y previsional”. En Gaceta Penal y Procesal Penal Tomo N° 27, Setiembre 2011, pp. 235-239.

### SECCIÓN III

#### EL CONTROL A LAS EMPRESAS DEL ESTADO: LA NATURALEZA Y LA ACTIVIDAD QUE REALIZAN REPERCUTE EN LA IDENTIFICACIÓN DE RESPONSABILIDADES

En esta sección se abordará el marco legal aplicable a las empresas del Estado, lo que permitirá comprender la mixtura de Regímenes Público y/o Privado a las cuales se someten las empresas que prestan Servicios Públicos o que realizan una Gestión Económica, lo cual consideramos debe reflejarse en la regulación que establece el Sistema Nacional de Control y el Congreso de la República para efectos del control gubernamental a la Actividad Empresarial del Estado; de ese modo el personal de las empresas a los cuales se les identifique una Responsabilidad Administrativa, Civil o Penal, deberá corresponder al régimen bajo el cual se encuentra sometido las operaciones y actividades que efectúa.

##### 1. Marco legal peruano aplicable a las empresas del Estado

Las empresas estatales se encuentran sometidas tanto a la legislación aplicable al Sector Público así como del Derecho Privado, que se reflejará a continuación, pues en función a dicha regulación se ejerce el control gubernamental.

##### 1.1. Las normas del Sector Público que son aplicables a las empresas del Estado

La Administración Pública desarrolla sus funciones bajo los Sistemas Administrativos del Estado, los cuales consisten en un conjunto de procesos, procedimientos, órganos y otros tendentes a la optimización de los recursos del Estado, y están a cargo del Poder Ejecutivo con excepción del Sistema Nacional de Control. Los sistemas administrativos están a cargo de un ente rector que se encarga de dictar las normas y procedimientos relacionados con su ámbito, y de coordinar el funcionamiento dentro del marco de sus leyes especiales.

Algunos Sistemas Administrativos son aplicables a las empresas estatales, incidiendo directamente en su gestión, los cuales detallaremos en el siguiente cuadro de acuerdo a la normativa vigente:

Sistema Administrativo	Normativa	Ámbito de aplicación	Objeto del Sistema
<p><b>Sistema Nacional de Presupuesto Público</b></p>	<p>Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto</p>	<p>Las normas del Sistema Nacional de Presupuesto le serán aplicables tanto al FONAFE como a las empresas bajo su ámbito, cuando la norma lo señale expresamente.</p>	<p>El presupuesto constituye el instrumento de gestión del Estado que permite a las entidades públicas lograr sus objetivos y metas de acuerdo al Plan Operativo Institucional.</p>
<p><b>Sistema Administrativo de Contrataciones del Estado</b></p>	<p>Decreto Legislativo N° 1017<sup>88</sup> que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF</p>	<p>Las empresas del Estado de derecho público o privado, que son de propiedad del Gobierno Nacional, Regional o Local y las empresas mixtas bajo control societario del Estado se encuentran bajo el ámbito de este sistema, con excepción de PETROPERU S.A. que se encuentra sometida a un Reglamento propio.</p>	<p>Es el conjunto de principios, normas y procedimientos a través del cual la Administración Pública contrata los bienes, servicios y la ejecución de obras, bajo los principios de eficiencia, economía, transparencia y libre competencia.</p>
<p><b>Sistema Nacional de Endeudamiento Público</b></p>	<p>Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.</p>	<p>Se encuentra bajo su alcance, las personas jurídicas donde el Estado posea la mayoría de su patrimonio o capital social o que administre o bienes públicos; de lo que se desprende que las</p>	<p>Es el conjunto de órganos e instituciones, normas y procesos orientados al logro de una eficiente concertación de obligaciones a plazos mayores a un año,</p>

<sup>88</sup> Dicha disposición quedará derogada cuando se apruebe el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.



		empresas del Estado se encuentran bajo su ámbito.	para una prudente administración de la deuda del Sector Público.
<b>Sistema Nacional de Inversión Pública</b>	Ley N° 27293, Ley que crea el Sistema Nacional de Inversión Pública y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 102-2007-EF.	Se aplica a las empresas del sector público no financiero del gobierno nacional, regional y gobierno local, que ejecutan proyectos de inversión pública con recursos públicos.	Tiene como función regular la utilización de los recursos que maneja el Estado en sus tres niveles de gobierno, para los proyectos de inversión pública
<b>Sistema Administrativo de Contabilidad Pública</b>	Ley N° 28708, Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad	Se encuentran bajo su ámbito las empresas bajo el ámbito de FONAFE así como las empresas de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.	Se encarga de armonizar y homogenizar la contabilidad de los sectores público y privado mediante la aprobación de la normatividad aplicable.

Las empresas del Estado como organización están bajo el alcance de estos sistemas administrativos, en forma integral o específicamente algunas disposiciones propias de su naturaleza empresarial. Asimismo, el Estado ha establecido ciertas obligaciones a sus funcionarios públicos a fin de velar por el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, así como los principios tales como la probidad, transparencia y el respeto que deben asumir en su gestión.

A continuación se muestra un cuadro en los cuales se expresan las obligaciones de los funcionarios que son aplicables a los trabajadores de las empresas del Estado.

Obligación del funcionario	Marco Legal	Tratamiento
<b>Declaración Jurada de ingresos y de bienes y rentas</b>	Ley N° 27482 <sup>89</sup> y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 080-2011-CPM	De acuerdo al artículo 2 de la Ley, es obligatorio que en los casos de empresas en las que el Estado tenga mayoría accionaria, <b>los miembros del Directorio, el Gerente General y los encargados o titulares de los sistemas de tesorería, presupuesto, contabilidad, logística y abastecimiento</b> ; y tratándose de empresas en las que el Estado intervenga sin mayoría accionaria, los miembros del Directorio que hayan sido designados por éste.
<b>Prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco</b>	Ley N° 26771 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 021-2000-PCM	Conforme al artículo 1° del Reglamento dicha prohibición es aplicable a los funcionarios que ejercen la facultad de nombramiento y contratación de personal en las empresas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado.
<b>Código de Ética de la Función Pública</b>	Ley N° 27815 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM	De acuerdo al artículo 1° de la Ley es aplicable a los funcionarios públicos de las empresas públicas.
<b>Prohibiciones e Incompatibilidades de los Funcionarios Públicos</b>	Ley N° 27588 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2002-PCM	Los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturaleza de su

<sup>89</sup> Dicha disposición quedará derogada cuando se apruebe el Reglamento de la Ley N° 30161, Ley que regula la presentación de declaración jurada de ingresos, bienes y rentas de los funcionarios y servidores públicos del Estado.

función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido determinante en la toma de decisiones, están obligados a guardar secreto o reserva respecto de los asuntos o información que por ley expresa tengan dicho carácter. La violación de dichas prohibiciones será sancionada con la inhabilitación para prestar servicios al Estado, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que hubiera lugar.

**Impedimentos de los familiares de los funcionarios públicos para ser postores**

Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado

En el artículo 10 de la ley se establece como impedimento la celebración de que las empresas contraten con los parientes de cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los trabajadores de las empresas estatales.

**1.2. El régimen especializado de las empresas del Estado**

De acuerdo a la Ley que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, sus empresas se registrarán por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil.

Principalmente las empresas estatales se rigen por las normas que dicta el FONAFE, siendo la disposición que incorpora los principales temas a legislar, el Acuerdo de Directorio N° 001-2013/006-FONAFE de fecha 13.06.2013 y modificada mediante Acuerdo de Directorio N° 005-2013/015-FONAFE de fecha 05.12.2013, Acuerdo de Directorio N° 008-2014/003-FONAFE de fecha 25.03.2014 y Acuerdo de Directorio N° 002-2014/009-FONAFE de fecha 12.08.2014, que establece disposiciones en las siguientes materias:

- a) Gestión Estratégica, Operativa, Presupuestal y Financiera: Incluye los temas de Gobierno Corporativo, Plan Estratégico, Plan Operativo y Presupuesto, Política de Endeudamiento, Convenio de gestión empresarial, Evaluación financiera y presupuestaria, Designación de Auditores Externos, entre otros.
- b) Gestión Societaria, específicamente sobre los órganos de mayor jerarquía como la Junta General de Accionistas, el Directorio y la Política de Dividendos.

- c) Gestión Personal: Tales como la Estructura Orgánica Corporativa, Contratación de Personal y Política Remunerativa.
- d) Gestión por Procesos: Incluye la gestión empresarial en los procesos de control, transparencia y ética así como la Gestión Corporativa en temas de Tecnología de Información y Comunicaciones, Logística y Talento Humano.

Otras disposiciones que ha aprobado el Directorio de FONAFE para sus empresas son:

- Código de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas bajo el ámbito de FONAFE Aprobado mediante el Acuerdo N° 002-2013/003-FONAFE, de fecha 08 de marzo de 2013, publicado el 31 de mayo de 2013.
- Código Marco de Control Interno de las Empresas del Estado, aprobado con Acuerdo de Directorio N° 001-2006/028-FONAFE.

Asimismo, las normas de derecho privado que rigen a las empresas estatales de igual modo que a las empresas privadas, son las siguientes:

#### En materia comercial

- Ley General de Sociedades
- Ley de Títulos valores
- Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores

#### En materia Laboral

- TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- Tercerización laboral
- Intermediación laboral

#### En materia civil

- Código Civil
- Contratos modernos: Outsourcing, Leasing, Fideicomiso, Joint Venture, entre otros.

#### En materia de comercio internacional

- INCOTERMS
- Normas de la Cámara de Comercio Internacional

#### En materia tributaria

- Código Tributario
- Ley de Impuesto a la Renta, Ley de Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, entre otros.

## 2. El Control a las Empresas del Estado de acuerdo al régimen jurídico público y privado aplicable

Como se ha identificado en el primer apartado de esta sección, son aplicables a las empresas del Estado, la normativa del Régimen Público que expresamente así lo establece, las directivas del FONAFE en su calidad de Holding y las normas del Régimen Privado. Esta

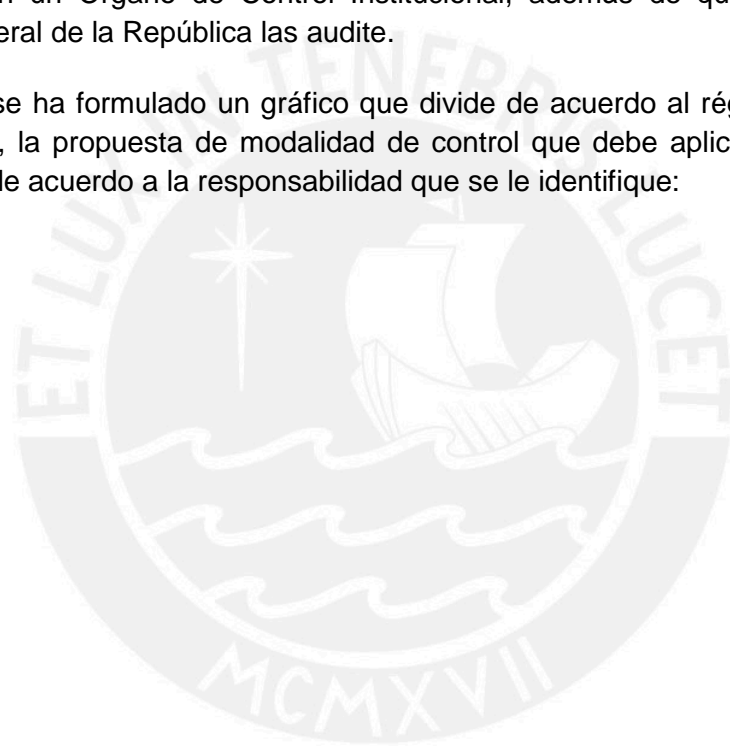
situación particular a las cuales se enfrenta las empresas estatales convierte en complejo su relación con el Sistema Nacional de Control.

Sin embargo, en la Actividad Empresarial del Estado existen diferencias entre las Empresas del Estado que prestan Servicio Público y aquellas que realizan Gestión Económica, las cuales deben tener un tratamiento de acuerdo al régimen jurídico que les corresponda.

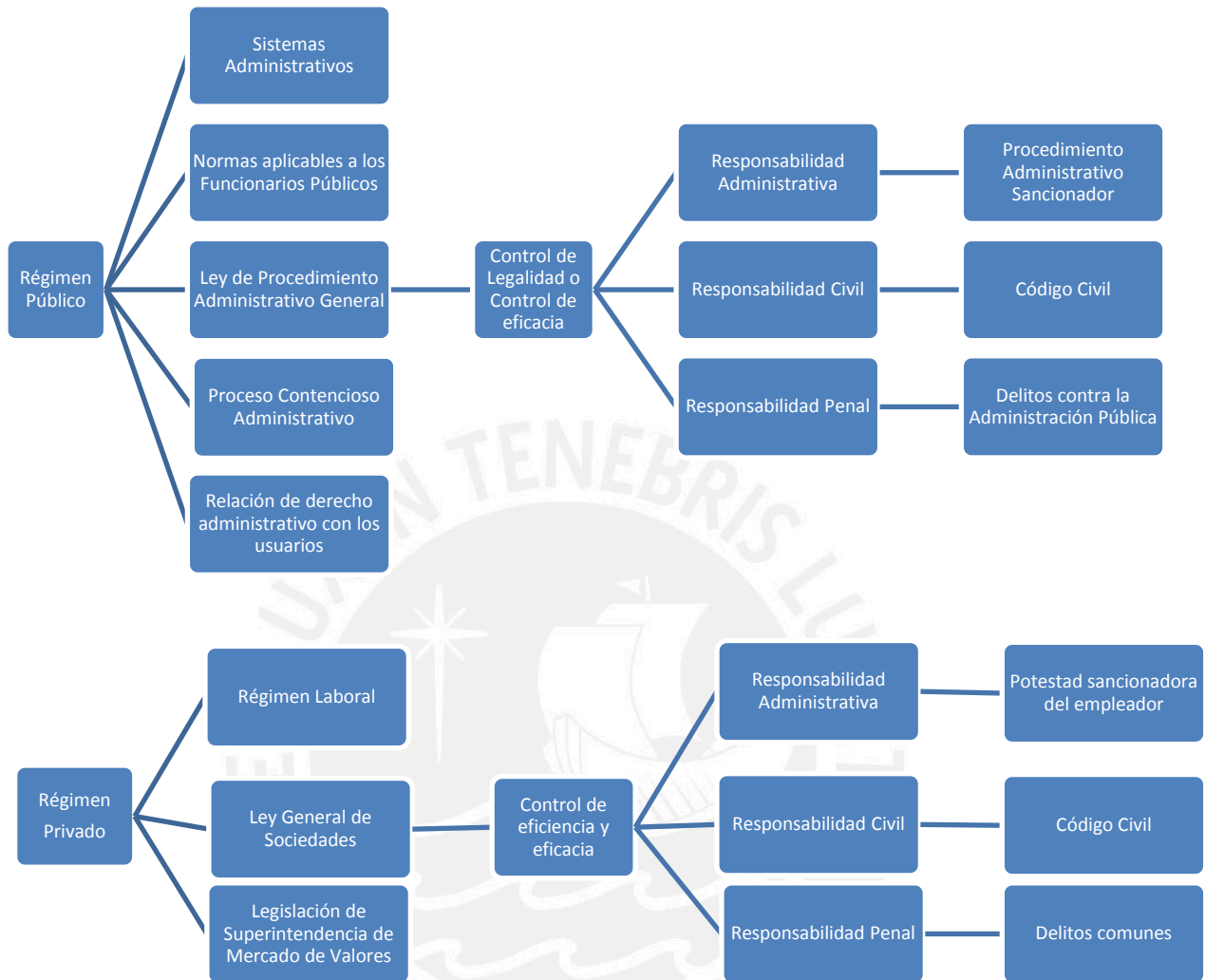
## **2.1. Las Empresas del Estado que prestan Servicios Públicos.**

La actividad empresarial del Estado está dirigida a la prestación de servicios públicos, como es el caso de las empresas eléctricas, SEDAPAL, CORPAC y SERPOST. Dichas empresas se encuentran bajo al ámbito del Sistema Nacional de Control y cuentan dentro de su organización con un Órgano de Control Institucional, además de que aleatoriamente la Contraloría General de la República las audite.

A continuación se ha formulado un gráfico que divide de acuerdo al régimen aplicable a la empresa estatal, la propuesta de modalidad de control que debe aplicársele así como las consecuencias de acuerdo a la responsabilidad que se le identifique:







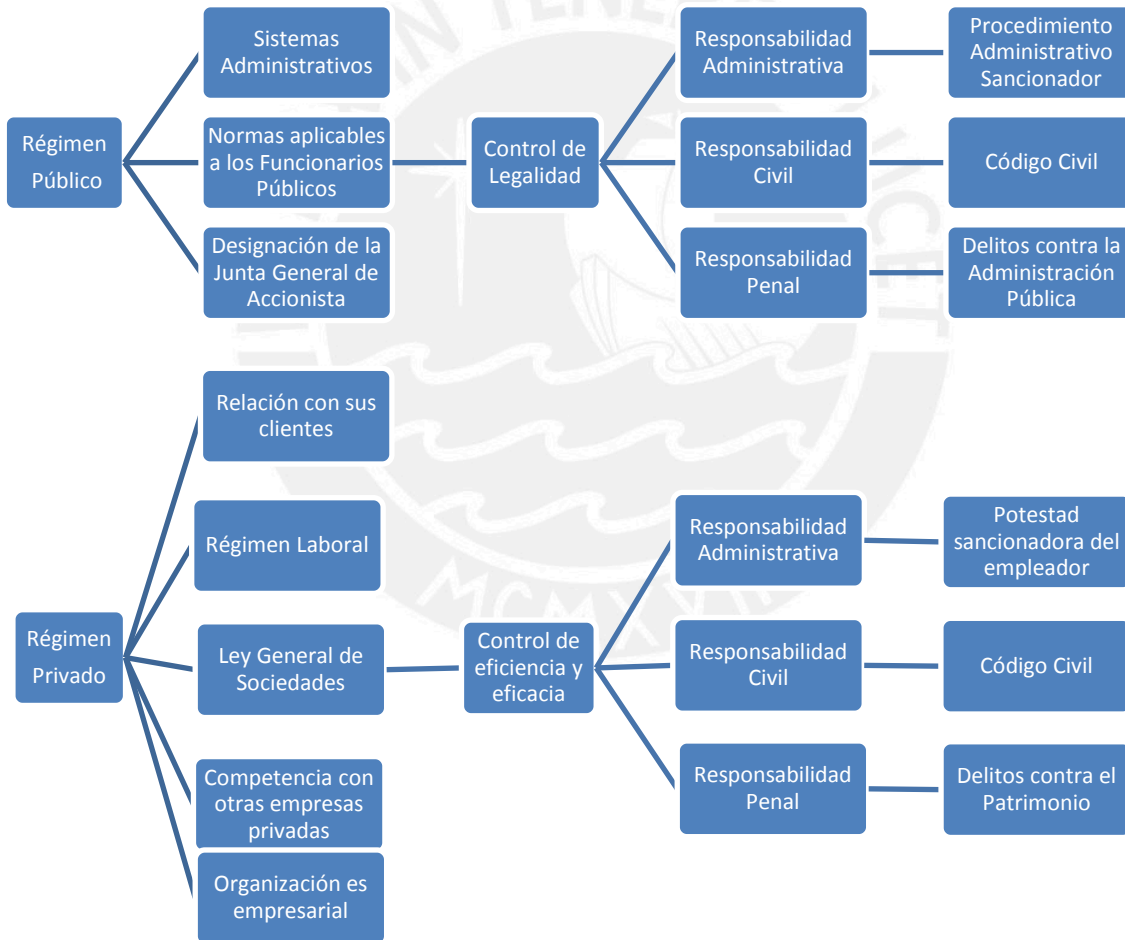
El esquema planteado está desarrollado en función a lo expuesto en las tres secciones, considerando que las empresas que prestan Servicio Público, en las cuales generalmente hay monopolio, el régimen es Público preponderantemente; por lo tanto las categorías jurídicas establecidas para la Administración Pública les resulta más parecida, aun cuando también tienen aspectos de gestión privada.

El control que debe realizarse es de legalidad y de eficiencia y eficacia, a fin de verificar el cumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo, así como como los objetivos y metas de los planes operativos de la empresa estatal.

## 2.2. Empresas del Estado que realizan gestión económica de actividades industriales y comerciales

En este rubro se encuentra como ejemplo PETROPERU S.A., COFIDE y el Banco de la Nación, cuyas actividades están dirigidas a brindar productos y servicios que otras empresas privadas también brindan, por lo que, el mercado es competitivo y no gozan de prerrogativas ni ventajas para el Estado en virtud al principio de paridad de trato entre las empresa.

A continuación se ha formulado un gráfico que divide de acuerdo al régimen aplicable a la empresa estatal, la modalidad de control que debe aplicársele así como las consecuencias de acuerdo a la responsabilidad que se le identifique:



En el caso de las empresas que realizan Gestión Económica, el régimen jurídico predominante es el privado, por lo tanto las desviaciones que se evidencien en las auditorias que se practiquen son materia de sanciones a cargo del propio empleador bajo un Régimen

Laboral Privado. Por otro lado, si se detectase casos que ocasionen una defraudación a la empresa, por las características de la empresa, estos hechos encuadrarían en los Delitos contra el Patrimonio o delitos comunes que no exigen la calidad de funcionario público.

En ese marco legal, el control gubernamental sujeta su actuación a las empresas estatales regidas por el derecho público y el derecho privado, lo cual, de alguna manera complejiza la labor del Sistema Nacional de Control, al momento de efectuar sus labores de control, pues debe fiscalizar con cautela y en función a los criterios apropiados para evitar exponer a los trabajadores a determinadas responsabilidades que no le corresponden.

### **3. Propuesta de planteamiento de modalidad de control aplicable a las empresas del Estado.**

En materia de control, se puede distinguir por los objetivos o finalidades que se persigue, y tenemos al control de legalidad, el control de oportunidad y el control de eficacia, de estos tres, de acuerdo a PARADA, el tercero consiste en “verificar el comportamiento de la Administración desde el punto de vista de la relación de la actividad con los costes que generan y de los logros obtenidos en función de los esfuerzos desplegados para conseguirlos”<sup>90</sup>, que corresponde al control de las actividades de carácter industrial sobre todo cuando se desarrolla por empresas públicas sobre las que se va extendiendo la práctica de auditorías similares a las de las empresas privadas.

Al respecto, el control gubernamental a cargo del Sistema Nacional de Control de acuerdo a su ley orgánica, consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia 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.

A efectos de realizar dicho control, la Contraloría General de la República ha dictado las normas de auditoría de cumplimiento y de control simultáneo, entre otras, dirigidas –en mayor profundidad- a la supervisión y verificación de la legalidad, lo cual se ve reflejados en los últimos Informes de Auditoría publicados en su portal web, en los cuales se aprecia que los objetivos de las Auditorías estuvieron destinadas a la verificación de los procesos de contratación sujetos a la Ley de Contrataciones del Estado o regímenes especiales.

Asimismo, debido a la naturaleza privada de las empresas del Estado y aunado al hecho que deben responder a una rentabilidad que refleje resultados positivos de su gestión, la forma de controlar sus actos y operaciones deben ser auditadas bajo reglas similares que las empresas privadas, en lo que corresponde.

---

<sup>90</sup> Parada, Ramón, Ob. Cit. p. 66.

En materia de control, el Decreto Legislativo N° 1031 dispone que los Jefes de los Órganos de Control Institucional son encargados del control de la gestión administrativa, económica y financiera de los recursos y bienes de las empresas del Estado, conforme a la normativa del Sistema Nacional de Control.

Tal disposición confirma la sujeción de las empresas del Estado al control de los Órganos de Control Institucional y a la normativa que dicta el Sistema Nacional de Control, quienes deben practicar auditorías destinadas al control de la gestión administrativa, económica y financiera de la empresa.

Por su parte, el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1031 autoriza a los directorios de las empresas del Estado a constituir Comités, entre ellos, específicamente el Comité de Auditoría, que reportará directamente al Directorio en el caso de las empresas del Estado con valores inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores, que tiene como funciones:

- a) *“Vigilar el adecuado funcionamiento del sistema de control interno*
- b) *Informar al Directorio sobre la existencia de limitaciones en la confiabilidad de los procesos contables y financieros.*
- c) *Vigilar y mantener informado al Directorio sobre el cumplimiento de las políticas y procedimientos internos y sobre la detección de problemas de control y administración interna, así como de las medidas correctivas implementadas en función de las evaluaciones realizadas por auditoría interna o auditoría externa”.*

Dichas funciones son asumidas por los Comités de Auditoría para lo cual deben contar con Órganos de Control Institucional que realicen auditorías basadas en normas internacionales de Auditoría y buenas prácticas como las de empresas privadas.

Por ejemplo, en el caso del Banco de la Nación que está sujeto a la regulación de la Superintendencia de Banca y Seguros, cuenta con un Comité de Auditoría en su Directorio. Dicha regulación obliga a las empresas a someterse a las normas internacionales respecto al Control Interno y Gestión de Riesgos, para lo cual requieren una Auditoría que realice su trabajo basado en dichas normas. De acuerdo a su Manual de Organización y Funciones del Órgano de Control Institucional efectúa su trabajo conforme a la normativa del Sistema Nacional de Control y adicionalmente realiza sus Auditorías denominadas “Especiales” para atender la demanda de la empresa que debe cumplir con regulaciones especiales que le exigen estándares distintos.

Otro ejemplo, es el caso de la empresa Electroperú, que viene listando el 10% de sus acciones en el Registro del Mercado de Valores, el cual exige cumplir con los Principios de Buen Gobierno Corporativo, entre los cuales se encuentra contar con una Auditoría Interna que cuente con personal multidisciplinario que reporte a un Comité de Auditoría, y sus profesionales se encuentren certificados en el Instituto de Auditores Internos, organismo

internacional, que establece normas y buenas prácticas de auditoría, bajo las cuales las principales firmas auditan a las empresas privadas.

Debido al carácter empresarial de estas entidades es necesario que las normas de control sean revisadas cuando se trate de empresas del Estado, de modo tal que la verificación no se base exclusivamente en la legalidad de sus actos, sino preponderantemente en el control de la eficacia, lo cual supone considerar en palabras de MARTIN-RETORTILLO: “una serie de criterios estrictamente empresariales, no siempre de fácil constatación. Las funciones de control enjuician y fiscalizan que la gestión de la empresa pública ha sido jurídicamente correcta y adecuada a las previsiones y orientaciones establecidas; también y en puros términos de rentabilidad económica, que esa gestión ha sido además la más conveniente y rentable”<sup>91</sup>.

Por tanto, la legislación nacional reconoce el control a cargo de la Contraloría General y sus órganos sobre las empresas del Estado; en ese sentido, dicho control no solamente debe basarse en verificar la legalidad de sus actos sino principalmente en la eficacia y eficiencia de su gestión basándose en criterios empresariales, lo cual le permitirá un tratamiento similar al de las empresas privadas, y acorde con las actuales necesidades del mercado pues de acuerdo a la legislación vigente las empresas deben contar con un Código de Buen Gobierno Corporativo, para poder listar en la Bolsa de Valores.

#### **4. La potestad administrativa sancionadora de la Contraloría General es aplicable a los trabajadores de las empresas estatales**

La Ley N° 29622, Ley que amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional, establece como conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional, las que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenece, entre las cuales podemos citar:

- a) El incumplimiento de las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.
- b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.
- c) Realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento.
- d) Incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.

---

<sup>91</sup> MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Ob. Cit. p. 273.



Estas facultades otorgadas por el Congreso a la Contraloría General están basadas en sancionar a los funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo. Tal disposición fue reglamentada con el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM en el cual se establece una Tabla de Sanciones e Infracciones que los órganos del Sistema Nacional de Control aplicará para identificar responsabilidad administrativa funcional a los trabajadores de las empresas estatales.

Como ha quedado claro las empresas estatales se encuentran sometidas al Sistema Nacional de Control y en consecuencia a la potestad administrativa sancionadora de la Contraloría General de la República. Sin embargo, tienen peculiaridades que las distinguen de las demás entidades del Sector Público pues se encuentran sometidas a una legislación especial dada por el FONAFE para su gestión. Asimismo, determinadas prohibiciones y obligaciones aplicables a los funcionarios, el Estado ha decidido incluirlas expresamente en leyes específicas. Finalmente también en sus relaciones con sus clientes y como se maneja en el mercado se aplica el régimen privado.

Así podemos citar algunos casos que podrían generarse:

- a) En materia de contratación de bienes y servicios bajo la Ley de Contrataciones del Estado, si se identifica que en un proceso de selección en particular el Comité Especial favoreció a un proveedor para que obtenga la buena pro a pesar de no cumplir con los requerimientos exigidos y transgrediendo la normatividad vigente. En este caso, los trabajadores se encuentran sometidos al Sistema Administrativo de Contrataciones del Estado, propio del Régimen Público, que exige entre otros el respeto a los principios de probidad, trato justo y libre competencia; los cuales han sido vulnerados. Ello corresponderá ser sancionado de acuerdo a la potestad administrativa sancionadora a cargo de la Contraloría General de la República.
- b) En el caso que se demuestre que un Gerente de Administración aprobó la contratación de su sobrina a un puesto en la organización de la empresa estatal en la cual labora y la trabajadora no lo haya declarado en el proceso de selección. Esta conducta está prohibida por leyes especiales y tipificada como Infracción Grave sujeta a la Potestad Administrativa Sancionadora de la Contraloría, caso que deberá ventilarse en un el procedimiento específico.
- c) En el proceso productivo de refinación de petróleo existen manuales operativos para que los empleados realicen sus tareas. En el caso que por un descuido del trabajador se produzca una paralización de la producción de horas lo cual ocasiona una disminución de las reservas que se cuenta para para la comercialización. Sin embargo, cualquier situación de riesgo de esta naturaleza está cubierta por el Seguro de Responsabilidad Civil contratada por la empresa. Esta situación es propia del Régimen Laboral Privado porque se encuentra dentro de la esfera interna de la empresa, y será sancionada de acuerdo al Reglamento Interno de Trabajo.

- d) Se ha realizado una inadecuada evaluación crediticia de un cliente, que solicitó un préstamo bancario, al no haberle solicitado una fianza tal como lo requieren los Manuales que para ese efecto cuenta la empresa; lo que ha generado riesgos de incumplimiento de pago. Esta situación tiene una naturaleza privada, pues es propio de las actividades del giro de negocio de la empresa, lo cual merece ser sancionado conforme al Reglamento Interno de Trabajo.

La casuística que se genera va demostrando que en realidad a la esfera de la Potestad Administrativa Sancionadora de la Contraloría General ingresa aquellos casos en los cuales la empresa estatal está sometida al régimen público, quedando aquellos hechos que son propias del giro de negocio de la empresa excluidos naturalmente de lo administrativo, sino se encuentra en la esfera privada, pues las empresas son distintas a las demás entidades públicas, pues sus finalidades están basadas en obtener rentabilidad, competir en el mercado y proveer bienes y servicios a precios competitivos.

Como un punto aparte, citamos a la Responsabilidad Ética establecida en el Código de Ética de la Función Pública, aprobada por la Ley N° 27815 que contempla un capítulo específico para las Sanciones por la trasgresión de los principios y deberes establecidos en el mismo Código Ética, la cual se diferencia de la responsabilidad Administrativa, Civil y Penal establecidas en la normatividad.

El Reglamento del Código de Ética de la Función Pública<sup>92</sup> desarrolla el procedimiento de aplicación de sanciones, dependiendo de si se mantiene el vínculo contractual de los empleados públicos con las entidades de la Administración Pública; estableciendo que las sanciones aplicables a aquellas personas que mantienen vínculo laboral será la amonestación, suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones, sin goce de remuneraciones, hasta por un año y la destitución o despido; en cambio si la persona no se encuentra ejerciendo una función pública, la sanción será la imposición de una multa.

Asimismo, de acuerdo al procedimiento establecido en el Reglamento, el procedimiento administrativo disciplinario estará a cargo de la Comisión Permanente o Especial de Procedimientos Administrativos Disciplinarios de la Entidad, institución que se encuentra amparada en el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa.

Sin embargo, debido a que los trabajadores de las empresas estatales están sujetos al Régimen Laboral Privado no es posible aplicar el procedimiento sancionador aplicable a los funcionarios comprendidos en la Carrera Administrativa; asimismo, las sanciones aplicables también difieren de lo establecido en el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral<sup>93</sup> pues no se aplican las multas como sanción bajo la potestad sancionadora que goza el empleador.

---

<sup>92</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM.

<sup>93</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

En consecuencia, por el esquema planteado para la Responsabilidad ética establecido, no resulta aplicable a los trabajadores de las empresas del Estado, dada las contradicciones expuestas, pues los procedimientos y las instituciones son inexistentes en el régimen laboral privado.

## 5. Los delitos contra la Administración Pública cometidos por los trabajadores de las empresas estatales

La segunda interrogante que se debe responder es si los trabajadores de las empresas estatales pueden cometer los delitos contra la Administración Pública. Como se explicó en la sección anterior, son considerados funcionarios públicos para efectos penales aun cuando el artículo 40° los excluye de la función pública.

Para ello, se analizará el bien jurídico protegido, que en estos delitos consiste en el correcto funcionamiento de la Administración Pública. Sin embargo, al ser este concepto muy general, la doctrina penal lo explica a través de diversas tesis. Se comparte la visión funcionalista desarrollada por Fidel Rojas Vargas<sup>94</sup>, para quien la Administración Pública significa:

*“a) Un profuso marco de previsiones legales que regulan las funciones públicas y los servicios; b) Un conjunto de principios rectores que vinculan positivamente la administración pública con la actividad oficial de los sujetos públicos y que permiten especificar los ejes de protección en cada delito en concreto (imparcialidad, protección del patrimonio público, etc.), racionalizando y dotando de norte el marco legal y la actividad funcional; c) Ejercicio de funciones y servicios públicos de conformidad a las atribuciones y competencias establecidas en las leyes y reglamentos (cumplimiento de deberes y obligaciones), bajo pautas de corrección y sometimiento a la legalidad (observancia de los deberes del cargo o empleo), que confirman así la confianza pública depositada por la ciudadanía y debida a la Nación”.*

En ese sentido, la puesta en peligro o lesión del bien jurídico “administración pública” supone la vulneración de los dos primeros elementos citados, y un trastocamiento de las funciones y servicios públicos.

Sobre el mismo tema, de acuerdo a URQUIZO OLAECHEA, debe entenderse a la Administración Pública como un ente prestacional de servicios a terceros (administrado), desde ese punto de vista al funcionario público se le exigirán deberes, pero no de fidelidad para con la administración, sino, de correcta gestión del servicio y del patrimonio público que le ha sido asignado<sup>95</sup>.

<sup>94</sup>ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Grijley, Lima, 2007, p. 10.

<sup>95</sup> URQUIZO OLAECHEA, José. *Tutela Penal y Sujetos Especiales propios en los Delitos contra la Administración Pública*. En Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima, 2002, N° 11-12, Pág. 249-250.

El bien jurídico “administración pública” es genérico, pero como se aprecia tiene un carácter supraindividual y difuso por lo que cada tipo penal tiene un bien jurídico específico, lo cual varía en función al interés que el sujeto activo lesiona o pone en peligro de manera inmediata.

Por ejemplo en el delito de peculado tipificado en el artículo 387° del Código Penal tiene como bien jurídico protegido genérico el normal desarrollo de las actividades de la administración pública. Sin embargo, de acuerdo a ROJAS VARGAS el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos: “(a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y (b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos”<sup>96</sup>.

En la tipificación de los tipos penales, se han descrito distintas conductas que atentan contra el bien jurídico, que puede consistir, según Manuel ABANTO<sup>97</sup>:

1. *“La conducta de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus actividades funcionariales. Específicamente, estos pueden violar sus deberes atentando contra intereses patrimoniales o personales de la Administración Pública, o contra los particulares.*
2. *La conducta de los particulares que, de manera individual o colaborando con los funcionarios públicos, atentan contra distintos intereses de la Administración Pública.”*

Por tanto, los Delitos contra la Administración Pública pueden ser cometidos tanto por funcionarios públicos como por particulares, pero ambos atentan contra los intereses de la Administración Pública, el primero violando sus deberes funcionales, y el segundo colaborando con el funcionario público.

Otro rasgo característico de estos delitos, es que la administración pública es el objeto de tutela y también asume la titularidad de sujeto pasivo, y es así como se produce el fenómeno de la integración de los dos ámbitos de la administración pública a través del derecho penal.

Dichos delitos ponen en peligro o lesionan la administración pública, lo que supone la vulneración de los deberes funcionales asumidos por los funcionarios y servidores públicos. Lo primero se da cuando existe un resultado lesionador, se coloca al bien jurídico en una situación de probable lesión o inseguridad; y lo segundo cuando se desestabiliza la regularidad del funcionamiento de la administración pública.

<sup>96</sup> ROJAS VARGAS. Ob. Cit. p. 480.

<sup>97</sup> ABANTO VASQUEZ, Manuel; *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*. Palestra Editores, Lima, 2003, p. 19.



En tal sentido, para determinar el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública debe separarse las conductas que importan sólo responsabilidad administrativa de aquellas que implican una responsabilidad penal; puesto que aquellas conductas graves que afecten el correcto funcionamiento de la Administración Pública, trascenderá del ámbito administrativo al ámbito penal.

Por ejemplo, en el delito de colusión el objeto específico de tutela penal tendría que estar comprendido dentro de un marco económico – patrimonial, debido a que la figura penal plantea la defraudación del Estado como resultado del acuerdo colusorio entre un funcionario y el particular.

También se tiene que tener en cuenta que en la administración pública también se lesiona o pone en peligro el patrimonio público en los delitos de peculado y malversación o la dignidad de la función y del funcionario, en el delito de desacato, o el principio de imparcialidad o probidad, en los delitos de corrupción.

Asimismo, de acuerdo a ROJAS VARGAS<sup>98</sup> se ha tornado irrelevante una noción jurídico penal de “administración pública”, y se toma del Derecho Público dicho concepto, pues se concibe de modo amplio, como integralidad o totalidad, sin detenerse a discriminar si la función pública es desarrollada por una entidad legislativa, judicial, órganos de gobierno, organismos autónomos, gobiernos locales u otros.

En ese sentido, como se explicó en la primera sección del trabajo, la Actividad Empresarial del Estado se somete a un régimen público con mayor preponderancia cuando presta un servicio público, a diferencia de las empresas que realizan gestión económica que participan en el mercado compitiendo con otras empresas que producen bienes y servicios en el mismo rubro, y que deriva naturalmente en un régimen privado.

Asimismo, las empresas estatales se encuentran bajo la efectiva acción de tutela de la Administración Pública, lo cual se concretiza con el nombramiento de sus directores, el control público de la actividad, pero no integra la Administración Pública pues no ejerce el “ius imperium”, característica de las entidades de la Administración Pública.

Por lo tanto, si el régimen jurídico es privado respecto a la gestión que realiza y público en relación a la Administración cuando ejerce tutela a través de diversas prohibiciones y obligaciones, corresponderá en cada caso concreto evaluar si los trabajadores por ejemplo han cometido delitos de colusión o negociación incompatible, cuando el régimen al cual se encontró sometido es privado; pues no se vulnerará el bien jurídico protegido dado que no se contravendrá disposiciones de derecho público aplicables a la Administración Pública.

En una situación particular en la cual, se evidencia la venta a los clientes sin solicitar la garantía por ventas a crédito, y tiempo después el cliente cae en situación de morosidad. El supervisor a cargo no realizó el seguimiento respectivo y omitió solicitar tal garantía

---

<sup>98</sup> ROJAS VARGAS. Ob. Cit., p. 18.



generando una contingencia a la empresa. Esta situación comúnmente puede pasar en cualquier empresa privada, situación que puede ser castigada como delito de estafa si se demuestra mala fe por parte del trabajador de la empresa a cargo de efectuar dichas verificaciones. Esta situación no se encuentra reflejada en los delitos contra la Administración Pública, pues corresponde a actos que suceden en la actividad privada, mas no en el Sector Público cuya actuación no se somete a la venta de bienes.

Por otro lado, también pueden existir casos de favorecimiento a proveedores en una contratación pública, a efectos de defraudar a la empresa; lo cual puede constituir un delito de colusión, afectándose el correcto funcionamiento de la Administración Pública, pues el régimen bajo cual se está realizando dicha operación es pública pues se encuentra sometida al Sistema de Contrataciones del Estado y la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Al respecto, el Congreso recientemente ha decidido incorporar en la definición de funcionarios público a las empresas estatales, al margen que no ejercen función pública, para evitar actos de corrupción pues responde a la protección de los fondos públicos que el Estado ha dispuesto para su creación y posterior aval de los préstamos que solicitan. Esta decisión corresponde más allá del aspecto jurídico, a una política criminal con la finalidad de cautelar los intereses del Estado. Asimismo, esta posición ha sido adoptada a nivel internacional por dos importantes Convenciones a nivel regional y mundial que avalan que los trabajadores de las empresas del Estado son considerados funcionarios públicos.

No se pretende desconocer estos avances legislativos a nivel internacional de la lucha contra la corrupción, pero se busca traslucir ciertos inconsistencias que deben ser aclaradas sobre todo para los operadores del derecho y fundamentalmente a aquellos trabajadores de las empresas estatales que laboran en la consideración que gozan de mayor discrecionalidad por tratarse de organizaciones más ágiles que deben responder a principios de rentabilidad y que busquen ingresar a mercados internacionales, donde se requiere un manejo más flexible.

En este caso la sugerencia es que las categorías jurídicas utilizadas en el Código Penal guarden coherencia con el régimen jurídico aplicable a las empresas estatales y las situaciones que pueden darse al interior de ellas, que difieren a las que se enfrentan los empleados públicos, pues la equiparación actualmente existente no es proporcional pues la forma de gestionar es diferente.

## CONCLUSIONES

Como resultado del presente trabajo de investigación se emiten las siguientes conclusiones:

1. El Estado participa en la vida económica del país bajo distintas actividades entre ellas se encuentra la acción de planificación, la acción de fomento, la acción de regulación, y la actividad empresarial del Estado, los cuales se atienden bajo los principios de solidaridad y subsidiariedad.
2. En el Perú, la Actividad Empresarial del Estado se enmarca en una economía social de mercado, desarrollándose bajo los alcances del artículo 60° de la Constitución de 1993, que exige que cumpla con tres requisitos: la autorización por ley expresa, el rol subsidiario frente a la actividad empresarial privada y por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
3. La actuación de la Administración Pública en la actividad empresarial está dirigida principalmente a gestionar dos tipos de actividades, la prestación de un servicio público y la provisión de bienes o servicios como un agente del mercado económico, llamado por la doctrina española como gestión económica.
4. La actividad prestacional es aquella desarrollada directamente por la Administración Pública para atender una necesidad pública mediante la prestación de servicio a los administrados por un organismo público o por delegación a terceros mediante la concesión, y que es indispensable para la vida social. Uno de los elementos característicos del servicio público es el régimen de derecho público que ostenta las empresas estatales que lo brindan, por su organización y funcionamiento *ad intra*, los beneficios de expropiación, el régimen de resolución de conflictos con los usuarios, que lo diferencia de la gestión económica a cargo de Estado.
5. Por otro lado, la gestión económica de actividades industriales o de distribución por parte del Estado se concentra en el aumento de los bienes económicos y en la necesidad de evitar el desorden en el mercado, lo que determina la injerencia administrativa específicamente en el interés público o utilidad general, el desarrollo regional, la seguridad de abastecimiento, la promoción de investigación, entre otras; y por sus características el régimen preponderante es privado.
6. La Actividad Empresarial del Estado cumple una función administrativa que radica en la decisión inicial de su implementación y desarrollo, en las sucesivas decisiones que modifiquen sus términos; así como en la gestión de las entidades públicas en las empresas del Estado.

7. La relación de las empresas del Estado con la Administración Pública se materializa a través del control que ésta última ejerce, las cuales pueden ser a nivel legislativo, judicial o ejecutivo sobre las personas responsables de la marcha de la empresa y sobre la actividad misma de la empresa. Entre los principales controles tenemos al control del holding, control de legalidad y de eficiencia, control sectorial, control legislativo y control judicial. Sin embargo, el control de las empresas estatales debe estar conjugado con la autonomía que necesita para poder sostenerse a sí misma y cumplir con los fines públicos por las cuales han sido creadas, pues ambos conceptos control y autonomía son necesarios, solamente deben encontrarse puntos intermedios que le permita a la empresa desarrollarse eficientemente.
8. De la diversidad de controles aplicables a las empresas estatales, el control gubernamental constituye un mecanismo mediante el cual el Estado ejerce su poder dirección-control, el cual debe promover al interior de las mismas, la eficiencia y eficacia en su gestión, la previsión de prácticas de corrupción administrativa y una adecuada distribución de los recursos.
9. El control gubernamental está a cargo de la Contraloría General y de sus órganos que conforman el Sistema Nacional de Control, quienes realizan auditorías a los diversos procesos y actividades de las empresas estatales, detectando –de ser el caso– desviaciones a la normativa interna o externa, en cuyo caso elaboran las observaciones contenidas en los Informes de Auditoría e identificando a los funcionarios públicos la responsabilidad administrativa, civil o penal que corresponda en función a los hechos evidenciados.
10. El control está ligado a la responsabilidad pública, en ese sentido, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control ha definido como funcionario público a todo aquel que independientemente del régimen laboral mantiene un vínculo laboral con algunas de las entidades incluidas en el alcance de dicha ley; en consecuencia los trabajadores de las empresas estatales son considerados funcionarios públicos para ese efecto y son pasibles que se les identifique responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal, de acuerdo a la legislación especial de la materia.
11. El artículo 40° de la Constitución de 1993 excluye de la función pública a los trabajadores de las empresas estatales, lo que significa que no le son aplicables las normas del empleo público correspondientes a la Administración Pública, pues se encuentran sometidos al Régimen Laboral de la Actividad Privada. Esta interpretación está en concordancia con el artículo 41° de la Constitución que establece que por ley expresa se determina la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos; por lo tanto, mediante las leyes específicas se establece el alcance del concepto de funcionario público.
12. Los trabajadores de las empresas estatales están sometidos a la Responsabilidad Administrativa, que está a cargo de la Contraloría mediante su Potestad Administrativa Sancionadora, cuando en los Informes de Auditoría se detecta hechos que constituyan la

comisión de las infracciones graves o muy graves tipificadas en las normas sobre la materia; y por otro lado, aquellas desviaciones que constituyen infracciones leves, la facultad sancionadora está a cargo del empleador.

13. Asimismo, para efectos penales, los trabajadores de las empresas estatales también son considerados funcionarios públicos, y pueden ser sujetos activos de los Delitos contra la Administración Pública, lo cual ha sido ratificado recientemente por la última modificación del artículo 425° del Código Penal, aunque jurisprudencialmente existe un sector que considera no tienen dicha calidad basados en que el artículo 40° de la Constitución prevalece sobre el Código Penal. Esta reciente modificación del referido artículo del Código Penal está en la misma línea que la doctrina, convenciones internacionales y la interpretación dada por el Congreso sobre la condición de los trabajadores de las empresas estatales para efectos penales.
14. La Administración Pública desarrolla sus funciones bajo la regulación de los Sistemas Administrativos del Estado, los cuales en algunos casos son aplicables a las empresas estatales cuando así la norma lo señala expresamente e incide directamente en su gestión. Entre los sistemas aplicables son el Sistema Nacional de Presupuesto Público, el Sistema Administrativo de Contrataciones del Estado, el Sistema Nacional de Endeudamiento Público, el Sistema Nacional de Inversión Pública y el Sistema Administrativo de Contabilidad Pública. Asimismo, para el caso de los trabajadores de las empresas estatales también resulta obligatorio que cumplan con diversas disposiciones que son propias del funcionario público, tales como la presentación de la Declaración Jurada de ingresos y de bienes y rentas, la prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco, el Código de Ética de la Función Pública, y las prohibiciones e incompatibilidades a los funcionarios públicos; lo que revela que están sometidas a las normas de Derecho Público.
15. No obstante ello, no son las únicas disposiciones que debe cumplir las empresas estatales, sino están principalmente las normas que dicta el FONAFE como empresa holding, que regula en materia de Gestión Estratégica, Presupuestal y Financiera, Gestión Societaria, Gestión Personal y Gestión por Procesos; y también, las normas de Derecho Privado, como el Régimen Laboral Privado, Legislación Comercial, Comercio Internacional y Tributaria, entre otros.
16. En ese marco legal, el control gubernamental sujeta su actuación en las empresas estatales regidas por el derecho público y el derecho privado, lo cual, de alguna manera complejiza la labor del Sistema Nacional de Control, al momento de efectuar sus labores de control, pues debe fiscalizar con cautela y en función a los criterios apropiados para evitar exponer a los trabajadores a determinadas responsabilidades que no le corresponden.
17. En ese sentido, esta dualidad de régimen público y privado que ostentan las empresas del Estado deben ser apreciadas en primer lugar en el tipo de control que realiza el



Sistema Nacional de Control, así como en la forma de identificar responsabilidad de carácter sancionadora en el ámbito administrativo y penal; dado que esta naturaleza mixta es la condición que diferencia a las empresas estatales de las demás entidades de la Administración Pública, que se encuentran sometidas al Derecho Público y que gozan además del *ius imperium*.

18. Otro aspecto que debe considerarse en la evaluación del tipo de control y responsabilidad de los trabajadores de las empresas del Estado son las actividades que realizan, tales como la actividad prestacional y la gestión económica en la provisión de bienes y servicios; pues en el primer caso el régimen jurídico predominante es de Derecho Público, a diferencia del segundo caso en el cual su régimen jurídico principalmente es de Derecho Privado.
19. En el caso de las empresas que prestan un servicio público se ha identificado que las categorías jurídicas establecidas para la Administración Pública son las mismas para estas empresas pues se encuentran sometidas a un procedimiento administrativo general, aun cuando también la están bajo ciertas disposiciones del Derecho Privado. En estos casos se considera que el control que debe realizarse es de legalidad y de eficiencia y eficacia, a fin de verificar tanto el cumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo, como de los objetivos y metas de los planes operativos de la empresa.
20. Por otro lado, en el caso de las empresas que realizan Gestión Económica, se considera que el control debe estar más enfocado a la eficiencia y eficacia, a fin de verificar el comportamiento de la empresa estatal respecto a la relación de la actividad con los costos que generan así como los logros obtenidos en función a los esfuerzos desplegados en la gestión empresarial.
21. Debido a que las empresas deben responder a indicadores de eficiencia y rentabilidad, es conveniente que las normas de control aplicables a las empresas del Estado sean revisadas, de modo tal que la verificación no se base exclusivamente en la legalidad de sus actos, sino preponderantemente en el control de la eficiencia y eficacia, lo cual le permitirá un tratamiento similar al de las empresas privadas, y acorde con las actuales necesidades del mercado, especialmente en aquellas organizaciones que requieren contar con un Código de Buen Gobierno Corporativo, para poder listar en la Bolsa de Valores.
22. Respecto a la responsabilidad de los trabajadores, específicamente en relación a la Potestad Administrativa Sancionadora a cargo de la Contraloría General, la casuística permite apreciar que aquellos hechos que se detecten en los cuales la empresa estatal estuvo sujeta a las normas de derecho público será pasible de cometer las infracciones tipificadas sobre la materia, quedando fuera de la potestad administrativa sancionadora, aquellos hechos que son propias del giro del negocio por el contrario se resolverán en la esfera interna de la empresa bajo el régimen laboral de la actividad privada.



23. Por otro lado, en materia de responsabilidad penal, los trabajadores serán pasibles de ser sancionados por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuando los hechos detectados se asemejen a casos que puedan suceder también en la Administración Pública, como el favorecimiento a un proveedor, o la colusión en la contratación pública para defraudar al Estado. Sin embargo, si el régimen jurídico en el cual se produjeron las desviaciones es de carácter privado no se vulnerará el bien jurídico protegido que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, pues en ese caso no contravendrá disposiciones de derecho público.
24. Se plantea que las categorías jurídicas utilizadas en el Código Penal guarden coherencia con el régimen jurídico aplicable a las empresas estatales, pues la casuística refleja que no es admisible en todos los casos equiparar a los trabajadores de las empresas estatales con los empleados públicos, debido a las diferencias que se han plasmado en el presente trabajo de investigación.



## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

ABANTO VASQUEZ, Manuel

2003 *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano.* Lima: Palestra Editores.

ABRUÑA, Antonio

2007 “¿Pueden ser Administraciones públicas las personas jurídicas bajo régimen privado?”. En *Derecho Administrativo Económico*. Lima: Editorial Palestra, 131-141 páginas.

ALONSO UREBA, Alberto.

1985 *La empresa pública.* Madrid: Editorial Montecorvo, 584 páginas

ALVAREZ RODRICH, Augusto.

1992 *Principios de empresas estatales y privatización.* Universidad del Pacífico, 233 páginas

ARIÑO ORTIZ, Gaspar.

1993 *Estado y Economía. Crisis y reforma del sector público.* Madrid: Marcial Pons, 422 páginas.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert y Leonardo CALDERON VALVERDE

2012 *Delitos de corrupción de funcionarios.* Lima: Gaceta Jurídica, 247 páginas.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1996 *La Constitución de 1993. Análisis Comparado.* Lima: Konrad Adenauer Stiftung CIELDA, 758 páginas.

CASSAGNE, Juan Carlos

2010 *Derecho Administrativo Tomo I.* Lima: Palestra Editores, 634 páginas.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo

2009 *Corrupción y Delitos contra la Administración Pública Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública.* Bogotá: Editorial Universidad el Rosario, 618 páginas.

CESPEDES ZAVALA, Adolfo

2010 *El Estado Empresario: Verdades, Conjeturas y Mitos Jurídicos.* Lima: Ediciones Caballero y Bustamante, 312 páginas.

GARCIA TOMA, Victor

2005 *Teoría del Estado y Derecho Constitucional.* Lima: Palestra, 711 páginas.

KRESALJA, Baldo y Cesar OCHOA

2009 *Derecho Constitucional Económico,* Limas: Editorial PUCP, 938 páginas.

MANTRONI, Carlos A.

1998 *La Convención Interamericana contra la Corrupción.* Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 264 páginas.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián

1991 *Derecho Administrativo Económico. Tomo I.* Madrid: La Ley, 504 páginas.

MARTIN, Mateo

2005 *Manual de Derecho Administrativo.* 24 edición, Navarra: Thomson Aranzadi, 457 páginas.

MEDAUAR, Odette

2011 *Direito Administrativo Moderno.* 15 Edición. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 464 páginas.

MONTOYA MARTIN, Encarnación

1996 *Las empresas públicas sometidas al derecho privado".* Madrid: Marcial Pons, 662 páginas.

MORON URBINA, Juan Carlos

2005 *La carrera administrativa.* En la Constitución Comentada Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, 1101 páginas

PARADA Ramón

- 2010 *Derecho Administrativo II. Organización y empleo público.* 21 Edición. Madrid: Marcial Pons, 599 páginas.
- PAREJO ALFONSO, Luciano.
- 2008 *Lecciones de Derecho Administrativo.* Valencia: Tirant to Blanch, 878 páginas.
- ROJAS VARGAS, Fidel
- 2007 *Delitos contra la Administración Pública,* Cuarta Edición. Lima: Editorial GRIJLEY, 1225 páginas.
- RUBIO CORREA, Marcial
- 2011 *El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 319 páginas.
- SANCHEZ MORON, Miguel.
- 2011 *Derecho de la Función Pública.* Sexta Edición. Tecnos: Madrid, 2011, 337 páginas.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.
- 2001 *Adaptando la Legislación Penal del Perú a la Convención Interamericana contra la Corrupción.* Lima: Instituto de Estudios Internacionales, xxx

## REVISTAS

- BASOLS COMA, Martin
- 1984 *Servicio Público y Empresa Pública: Reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales.* En Revista de Administración Pública, Madrid, N° 3, p. 27-59.
- OMAR CANDA, Fabian
2004. *La Responsabilidad de los funcionarios públicos.* En Documentación Administrativa. Madrid N° 269-270, p.347.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis
- 1983 *Derecho Administrativo e Interés Público: Correlaciones Básicas.* En Revista de Administración Pública, N° 100-102, p. 847-890.
- GUZMAN NAPURI, Christian

2011 *El principio de subsidiariedad empresarial del Estado en el reciente precedente de INDECOPI.* En Gaceta Jurídica, Tomo 206, p. 43.

HUAPAYA NAVA, Mario y Juana Rosa TERRAZOS POVES

2010 *Trabajadores de empresas del Estado: una categoría perdida entre el empleo público y el régimen laboral privado y su relación con los sistemas administrativos.* En IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Lima: Palestra Editores.

SANCHEZ MORON, Miguel

1980 *Introducción al Régimen Jurídico de la Empresa Pública en España.* En Revista de Administración Pública. Madrid, Tomo N° 93, p. 67

VALDES, Mauricio,

1984 *El control de las empresas estatales.* En Revista de Administración Pública, Instituto de Administración Pública de México, Tomo 59/60 p. xxx.

VILLAR PALASI, José Luis,

1950 *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo.* En Revista de Administración Pública Tomo N° 3, Madrid, 1950, p. 53.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego.

2012 *El ejercicio de funciones administrativas y el principio de subsidiariedad.* En Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Lima: Palestra Editores.

2011 *Concepto restringido de funcionario previsto en el artículo 40° de la Constitución no rige en sede penal sino en el ámbito administrativo y previsional.* En Gaceta Penal y Procesal Penal Tomo N° 27, Setiembre 2011, pp. 235-239.

## PÁGINA WEB

- <http://www.cofide.com.pe/quees.html>. Revisado el 03 de enero de 2014.
- [www.fonafe.gob.pe](http://www.fonafe.gob.pe)

## JURISPRUDENCIA

- Sentencia recaída en el Expediente N° 00034-2004-PI/TC de 15 de febrero de 2005,



dictada por el Tribunal Constitucional.

- Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2003-AI/TC de 11 de Noviembre de 2003, dictada por el Tribunal Constitucional.
- Sentencia recaída en el expediente 0002-2005-PI/TC emitida el 18 de febrero de 2005 dictada por el Tribunal Constitucional.
- Resolución N° 3134-2010/SC1-INDECOPI correspondiente al Expediente N° 201-2008/CCD expedida por la Sala del Tribunal del INDECOPI.

### LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Política del Perú
- Compendio Normativo del Sistema Nacional de Control. Gaceta Jurídica, Segunda Edición, Lima, 1999, p. 23
- Informe N° 022-2009/GL-FONAFE de 15 de octubre de 2009.
- Ley N° 27785, Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control.
- Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.
- Decreto Legislativo N° 1031, Ley que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado.
- TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- Tomo II del Diario de Debates de la Comisión de Constitución y de Reglamento para la Constitución de 1993.
- Tomo V del Diario de Debates de la Comisión de Constitución y de Reglamento para la Constitución de 1993.
- V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio de 2003