



## INFORME DE ADJUNTÍA N° 002-2019-DP/AAE

### Opinión sobre los efectos de la modificación de criterios al interior de las entidades de la Administración Pública y la postergación de la resolución de los temas propuestos a su consideración

#### I. Antecedentes

El Sindicato Nacional de Trabajadores del Ministerio del Ambiente – Sintraminam interpuso queja contra su empleador, ante la Defensoría del Pueblo, por la falta de pago de los incentivos laborales otorgados por el Comité de Administración de Fondos de Asistencia y Estímulo – en adelante, Incentivo Cafae-, a las madres trabajadoras del régimen laboral del Decreto Legislativo 276, durante su descanso pre y post natal en el periodo 2012 – 2017.

Con fecha 21 de diciembre de 2018, la Oficina Defensorial de Lima solicitó información sobre el presente caso a la Secretaría General del Ministerio del Ambiente - Minam. Con fecha 1 de febrero de 2019, la Adjuntía para los Derechos de la Mujer remitió al citado órgano del Minam el Informe de Adjuntía 3-2019-DP/ADM, en el cual se concluye que al no reconocerse y hacerse efectivo el pago del “Incentivo Cafae” se viene afectando de modo preponderante el derecho de trabajadoras del sexo femenino.

En respuesta, mediante Oficio 317-2019-MINAM/SG, la Secretaría General del Minam, adjunta el Informe 85-2019-MINAM/SG/OGRH de la Dirección de la Oficina General Recursos Humanos, en el que se afirma que la decisión del Minam de no pagar el Incentivo Cafae por parte del Minam, en su oportunidad, estuvo amparada por los Informes Técnicos 457-2013-SERVIR/GPGSC y 1397-2015-SERVIR/GPGSC de la Autoridad Nacional del Servicio Civil - Servir; y por ende asumen, lo estuvo también por el principio de legalidad.

Señalan que posteriormente Servir, mediante Informe Técnico 1402-2017-SERVIR/GPGSC, cambió de opinión, considerando que el goce del “Incentivo Cafae” es procedente durante el descanso pre y post natal, por lo que consideraron pertinente efectuar consultas a la Oficina General de Asesoría Jurídica del Minam y al propio Servir, sobre la posibilidad de efectuar el reintegro del pago omitido en su momento. Finalmente, precisan que actualmente “no está en cuestión el reconocimiento del indicado derecho, con el cual se coincide plenamente, sino más bien es la ejecución del monto dejado de pagar, para lo cual se está a la espera del pronunciamiento” de Servir.

En efecto, durante la tramitación de la queja, el Sintraminam comunicó a la Defensoría del Pueblo que, en reuniones “extraproceso”, el Minam habría manifestado que como requisito previo para proceder al pago del incentivo adeudado, era necesario recabar la opinión de Servir, lo cual se concretó mediante Oficio 217-2018-MINAM/SG/OGRH de la Oficina General Recursos Humanos, en el cual tras hacer notar el cambio de opinión de la Autoridad Nacional, únicamente se consulta “(...) si la Entidad debe reintegrar el pago de este incentivo, a aquellos servidores que en el marco del Informe Técnico N° 1397-2015-



SERVIR/GPGSC, no se les hizo efectivo el citado pago”. El pedido fue reiterado a Servir mediante Oficio 7-2019-MINAM/SG, emitido por la Secretaría General del Minam.

Mediante Oficios 136-2019-DP/OD-LIMA-DESC y 41-2019-DP/ADM la Defensoría del Pueblo requirió información a Servir sobre la atención brindada a la consulta formulada por el Minam. A la fecha, Servir no ha procedido a responder a la Defensoría del Pueblo ni al Minam, a pesar de haberse vencido en exceso los diversos plazos aplicables.

## II. Las funciones de la Defensoría del Pueblo

El artículo 9 inciso 1 de la Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, faculta a la institución a realizar investigaciones con la finalidad de determinar si se ha producido una afectación de la vigencia plena de los derechos fundamentales de las personas como consecuencia del ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de las funciones encomendadas a los agentes de la Administración Pública.

Desde la perspectiva del presente informe, el derecho fundamental objeto de investigación defensorial es el principio-derecho al pago prioritario de los beneficios laborales,<sup>1</sup> consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política, específicamente en lo referido al “Incentivo Cafae”, el cual formalmente no es un concepto de carácter remunerativo, pero que a decir de la Autoridad Nacional del Servicio Civil: “(...) actualmente viene siendo utilizado como una forma de compensar los bajos ingresos económicos del personal comprendido en el Decreto Legislativo N° 276”.<sup>2</sup>

Principalmente, se analiza la conducta del Minam consistente en no decidir sobre un asunto puesto a su consideración, demorando el cumplimiento de una obligación legal respecto de la cual se ha señalado “no está en cuestión”. Asimismo, se analiza la conducta de Servir consistente en demorar la respuesta a una consulta de baja complejidad, la cual permitiría dar solución a una problemática que afecta a un grupo vulnerable que goza de especial protección, según lo dispuesto por el artículo 23 de la Constitución: la madre trabajadora.

## III. Análisis

### 1. Delimitación de la consulta formulada por el Ministerio del Ambiente ante la Autoridad Nacional del Servicio Civil

En la respuesta recibida por parte de la Oficina General de Recursos Humanos del Minam - OGRH, se señala que no se encuentra en discusión el “reconocimiento” del derecho al

<sup>1</sup> Siguiendo a TOYAMA MIYAGUSUKU se debe entender que: “(...) beneficios sociales son todos aquellos conceptos que perciben los trabajadores por o con ocasión del trabajo dependiente. No importa su origen (legal-heterónomo- o convencional –autónomo-); el monto o la oportunidad de pago; la naturaleza remunerativa del beneficio; la relación de género-especie; la obligatoriedad o voluntariedad, etc. Lo relevante es que lo percibe el trabajador por su condición de tal” (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *El derecho individual del Trabajo en el Perú. Enfoque teórico-práctico*, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima, 2015, p.275).

<sup>2</sup> Informe legal 318-2012-SERVIR/OAJ, de fecha 2 de abril de 2012.



pago del “Incentivo Cafae” durante el periodo de descanso pre y post natal de sus trabajadoras, sino únicamente “la ejecución” del mismo. Sin embargo, en la práctica, el citado derecho no ha sido reconocido de modo concreto por el Minam. Tampoco se ha acreditado, que en base al alegado “reconocimiento”, se haya dispuesto el pago correspondiente o gestionado los recursos necesarios ante Ministerio de Economía y Finanzas, como sucede en innumerables casos de gestión del pago de “deudas sociales”, “devengados” o “reintegros”. Por el contrario, la OGRH consulta de modo reiterado a Servir “(...) *si la Entidad debe reintegrar el pago de este incentivo (...)*”.

No obstante, advertimos que el núcleo de la consulta formulada a Servir reside en los efectos que podría llegar a tener el cambio de criterio contenido en el Informe Técnico 1402-2017-SERVIR/GPGSC que considera procedente el pago “Incentivo Cafae” a las trabajadoras en ejercicio del descanso pre y post natal, respecto a la decisión de no pagar el referido incentivo adoptada por el Minam en el pasado, bajo el sustento del Informe Técnico 1397-2015-SERVIR/GPGSC.

## **2. La existencia de regulación expresa sobre los posibles efectos de la variación del criterio interpretativo por parte de la autoridad administrativa**

Es necesario señalar que del universo de interpretaciones y opiniones emitidas por Servir, solamente son de obligatorio cumplimiento aquellas aprobadas como vinculantes por su Consejo Directivo –órgano máximo de la entidad-, según lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1023, y en cuanto tales, únicamente, éstas últimas constituyen fuente indirecta del derecho administrativo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo V.2.9 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General –en adelante LPAG-.

De este modo, el análisis que el Minam debe efectuar para dar atención al pedido de pago del “Incentivo Cafae” formulado por el Sintraminam -y que de algún modo ha sido trasladado a Servir- debe entenderse sobre los efectos que puede llegar a tener el cambio de “sentido o criterio interpretativo” asumido por el propio Minam, como órgano facultado para aplicar el dispositivo normativo que regula el pago del referido incentivo.

Así, la problemática del cambio de “criterio interpretativo” es un aspecto regulado en la propia LPAG, la cual en su artículo VI.2. ha precisado que “[l]os criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general”. Es más, el citado artículo llega a precisar que: “[l]a nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados”.

Señalado lo anterior, el análisis del presente caso por parte de la Defensoría del Pueblo debiera concluir al haberse demostrado que los informes técnicos de Servir no constituyen el fondo del problema y que el cambio de criterio interpretativo por las entidades ha merecido una regulación expresa permitiendo su aplicación a situaciones anteriores cuando resulte favorable a los administrados, regulación que se hace extensible también a los actos de administración interna, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1.2.1 de la LPAG. Estas consideraciones habrían permitido al Minam resolver oportunamente el pedido formulado por el Sintraminam.



Sin embargo, habiendo transcurrido más de seis meses sin que las entidades con competencias para resolver los asuntos planteados ante ellas no han emitido un pronunciamiento de fondo, es necesario realizar un análisis extensivo, de carácter básicamente procedimental, que coadyuve al Minam a la toma de decisiones que permitan revertir la situación vulneratoria de derechos hoy existente.

### **3. La preparación de la toma de una decisión sustentada pasa por agotar la búsqueda de antecedentes en el abordaje de casos similares y desterrar la cultura de evasión de responsabilidades.**

Servir ha señalado que sus informes técnicos constituyen una fuente informativa especializada, legítima y acreditada al momento de tomar decisiones y llevar a cabo actuaciones administrativas, por lo que corresponde que el operador estatal del sistema administrativo de gestión de los recursos humanos regido por el Decreto Legislativo 1023, consulte las opiniones técnicas emitidas por la Autoridad Nacional en casos similares.

La premisa es que la actividad administrativa deba estar guiada por los principios de celeridad, eficacia y eficiencia, conforme lo señalan los artículos 1.2.9 y 1.2.10 de la LPAG, y evitar así las dilaciones innecesarias e irrazonables; sobre todo cuando lo que se encuentra en juego son derechos que cumplen una función alimentaria.

Debe recordarse que la reforma del ordenamiento jurídico administrativo emprendida hace casi 20 años y que tuvo como fruto la dación de LPAG, buscó erradicar cuatro paradigmas negativos en la Administración Pública: el paradigma formalista, el paradigma de la reserva o secreto administrativo, la cultura de evasión de responsabilidades de los funcionarios administrativos y el paradigma del tecnicismo legal exento de valores de la comunidad.<sup>3</sup>

Respecto de la cultura de evasión de responsabilidades MORÓN URBINA ha precisado que en la Administración Pública se han desarrollado “*un cúmulo de reglas no escritas que hacen una verdadera praxis administrativa no formalizada pero vívida, con el objeto de la supervivencia burocrática*”, como la “*recurrencia a las inhibiciones para evitar pronunciarse en casos complejos, la recurrencia a solicitudes de opiniones previas, visaciones y conformidades rutinarias para comprometer al mayor número de personas en la resolución (...), las ambigüedades en los informes legales (...), la evasión del deber de resolver los expedientes sometidos a su conocimiento, buscar el compromiso o promover la resolución del caso por la autoridad superior para evitar su compromiso (...)*”.<sup>4</sup>

Por ejemplo, con relación al presente caso, la búsqueda en la base de datos de los informes técnicos emitidos por Servir, permite advertir que el Informe Legal 109-2010-SERVIR-GG/OAJ, de carácter vinculante, aborda un caso con una estructura bastante similar. La opinión de Servir analiza la “omisión de depósito de la Compensación por

<sup>3</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 14.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 16.



Tiempo de Servicios –CTS de los servidores civiles sujetos al régimen laboral de la actividad privada”, diferenciando dos momentos centrales: a) el cambio de criterio interpretativo en el tiempo, lo cual deviene en el reconocimiento tardío de un beneficio laboral previamente omitido y b) la efectivización del referido beneficio.

En dicho informe, Servir invocando su prerrogativa de emitir opiniones vinculantes, discrepa de los criterios antecedentes de diversas oficinas de asesoría jurídica de las entidades públicas, que sostenían que en el sector público el pago de la CTS solamente procedía al concluir la relación laboral. Mediante dicho documento Servir opinó que el pago de la CTS debía realizarse semestralmente, tal y como ocurre en el sector privado.

Como consecuencia de lo anterior, Servir precisó que las entidades públicas tenían la obligación de “regularizar los depósitos no efectuados por una indebida aplicación de las normas materia de análisis, debiendo llevarse a cabo las gestiones pertinentes para la habilitación de los recursos necesarios.” Este criterio ha sido reiterado en las conclusiones del Informe Técnico 1139-2017-SERVIR/GPGSC.

El sustento de esta obligación de “regularización” de los depósitos, se asienta en la consideración de dichos “actos” de “indebida aplicación de las normas” por parte de la Administración Pública, como actos internos o “actos de administración interna”, cuyo régimen jurídico y caracterización se aborda a continuación.

En función a lo señalado, y teniendo en cuenta que el citado artículo VI.2 de la LPAG al regular el “cambio de criterio interpretativo”, ha tenido a bien establecer una solución concreta para este supuesto de hecho (variación de criterio), y así evitar debates jurídicos recurrentes sobre ésta temática (disposición que es también aplicable a los actos de administración interna, en virtud del artículo 1.2.1 de la LPAG), no se llega a advertir justificación para postergar y condicionar la decisión del caso propuesto a un pronunciamiento previo de Servir.

Sobre esto último, debe tenerse presente que, de modo sistemático, Servir ha precisado que “no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada Entidad”.

#### **4. Señalamiento de las vías procedimentales que puede emplear la Administración para canalizar su actuación**

En la teoría del Derecho Administrativo se reconocen hasta tres formas, tipos o categorías básicas de actuación de la Administración Pública: a) los actos administrativos, b) los hechos administrativos o actuaciones materiales y c) los actos de administración Interna.<sup>5</sup> La LPAG las recoge en su artículo 1. De este modo, las actuaciones o decisiones que día a día adopte o haya adoptado el Minam pueden ser clasificadas en alguna de estas categorías.

<sup>5</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Palestra, Lima, 2017, pp. 589-590, 595-597 y 607-609.



Para efecto de determinar la modalidad de actuación que podría adoptar el Minam para atender el caso planteado por el Sintraminam, resulta pertinente tener claridad sobre las categorías de los actos administrativos y los actos de administración interna.

Los “actos administrativos” se caracterizan por un régimen relativamente riguroso que busca canalizar el ejercicio de los poderes de la Administración Pública frente a las personas, las cuales, en la medida que se afecte sus derechos, obligaciones e intereses legítimos, pueden ser calificadas como administrados. La finalidad de esta regulación es que, en la búsqueda del interés general, la Administración Pública garantice los derechos e intereses de los administrados. Por tales razones, la adecuada utilización de esta categoría es crucial cuando se trata de actos denegatorios o restrictivos y en menor medida, cuando se trata de actos favorables.<sup>6</sup> De este modo, la mayor parte de la LPAG se dedica a regular la formación de los “actos administrativos”.

Por otra parte, los “actos de administración interna” básicamente están dirigidos a organizar y hacer funcionar las entidades públicas, por lo que su régimen debe ser, en principio, más flexible.

De este modo, el artículo 1.1. de la LPAG señala que “[s]on actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”.

Por su parte, el artículo 1.2.1 de la LPAG señala que los actos de administración interna de las entidades están “destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios”. El artículo 7.1 de la LPAG precisa que dichos actos “se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades”.

De modo concordante con estas dos últimas disposiciones, los *Lineamientos de Organización del Estado*, aprobados por el Decreto Supremo 54-2018-PCM, han definido a las funciones de administración interna de las entidades públicas como “[e]l conjunto de acciones relacionadas con actividades relacionadas al planeamiento, presupuesto, abastecimiento, contabilidad, tesorería, recursos humanos, asesoría jurídica, gestión financiera, gestión de medios materiales, entre otros”. Como es conocido, en materia de recursos humanos existe un sistema administrativo, cimentado sobre la base del Decreto Legislativo 1023, que tiene por finalidad uniformizar y ordenar la actuación del Estado en esta materia.

En base a estos fundamentos, se debe señalar que los actos que las entidades públicas realizan en materia de recursos humanos deben ser considerados, *prima facie* “actos de administración interna”, en la medida que abordan aspectos vinculados con la organización de la entidad (toda acción sobre el personal repercute positiva o negativamente en el funcionamiento de la entidad, en mayor o menor medida). Esto permite que la administración del personal sea dinámica, eficaz y eficiente, evitando

<sup>6</sup> Por ejemplo, el artículo 6.4 de la LPAG estipula que no se precisa motivación “6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros”.



formalismos innecesarios que solamente son atendibles en la medida que se afecten los derechos e intereses de las personas o el interés público.

Sin embargo, cuando un “acto de administración interna” afecte derechos, obligaciones o intereses concretos de alguna persona, lo que incluye a los trabajadores de la entidad estos actos se podrán constituir en “actos administrativos” en la medida que sean notificados conforme a las reglas de la LPAG. Esta anotación es sumamente relevante pues gran parte de los actos de administración interna son adoptados de oficio por las propias entidades, y por ende, sus destinatarios no han formado parte de procedimiento alguno. En otras palabras que, un mismo “acto” puede ostentar ambas calidades.<sup>7</sup>

## 5. Formas concretas de proceder en cada modalidad de actuación administrativa

### 5.1. En cuanto “acto de administración interna” se debe “regularizar” la omisión de pago del Minam.

A diferencia de los actos administrativos, la regulación de los actos de administración interna, por su propia naturaleza, es más flexible. Por ejemplo, en materia de recursos humanos, no se puede considerar que un memorando o un informe “técnico”, al contener sendas declaraciones o decisiones, tenga que ser declarado nulo para ser corregido, en el mejor de los casos son “dejados sin efecto” o simplemente sustituidos por otros, siempre y cuando se respeten las reglas mínimas que los regulan.

Como señala CASSAGNE, a los actos de administración interna no “(...) aplica el principio de la estabilidad del acto administrativo habida cuenta de que no puede concebirse que los órganos de una misma persona pública estatal posean, en plenitud, derechos subjetivos o intereses legítimos susceptibles de contraponerse al propio ente estatal que integran”.<sup>8</sup>

Estas afirmaciones encuentran sustento directo en el artículo 1.2.1 de la LPAG que señala que los actos de administración interna “son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan”. Contrario sensu, por ejemplo, no le resulta aplicable el régimen de revisión de oficio de los actos administrativos. En otras palabras, los “actos de administración interna” pueden ser modificados sin cumplir formalidades mayores.

Lo que sí les resulta aplicable es el artículo VI.2 del Título Preliminar de la LPAG, por mandato expreso del artículo 1.2.1, que precisa que: “[l]os criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados”.

<sup>7</sup> Debe notarse que cuando el artículo 1.2 de la LPAG señala que “[n]o son actos administrativos (...) [l]os actos de administración interna”, se alude a una categoría conceptual o ideal de actos de administración interna, a los cuales podríamos denominar puros, es decir aquellos que no llegan a afectar el derecho, obligación o interés legítimo de una persona o trabajador.

<sup>8</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Op. Cit.*, p. 608.



La remisión expresa e incondicional al artículo VI.2, contenida en el artículo 1.2.1 de la LPAG -dentro de otros dispositivos-, resulta sumamente clara, por lo que, en principio, sería innecesario desplegar una labor interpretativa sobre este dispositivo.<sup>9</sup> No obstante, dados los antecedentes del presente informe, resulta pertinente señalar que si bien el artículo VI.2 se refiere al “criterio interpretativo” de la entidad, en calidad de “precedente administrativo” y contenido en un acto administrativo, subyace al razonamiento de legislador del artículo 1.2.1 el apotegma jurídico *ab maioris ad minus* (quien puede lo más puede lo menos).<sup>10</sup>

El artículo 7.1 de LPAG perfecciona la regla al establecer expresamente que: “[e]l régimen de eficacia anticipada de los actos administrativos previsto en el artículo 17 de la LPAG es susceptible de ser aplicado a los actos de administración interna, siempre que no se violen normas de orden público ni afecte a terceros”.

El referido artículo 17 de la LPAG precisa que: “[l]a autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que (...) existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción”.

Bajo este marco normativo, como se ha señalado, la Administración Pública debe proceder a “regularizar” sus actos internos, alineándolos al ordenamiento jurídico y gestionar los recursos necesarios para efectivizar el pago de los montos adeudados a sus trabajadores.

## **5.2. De considerar (innecesariamente) la posibilidad de expedir un acto administrativo para resolver el caso propuesto por el Sintraminam, se pueden aplicar las instituciones jurídicas de la revocación y de la nulidad de oficio.**

Para que resulten aplicables las reglas de los actos administrativos a la decisión de no pagar el “Incentivo Cafae”, ésta última debió haber sido notificada a cada trabajadora afectada. Para efecto de continuar con nuestra exposición, asumiremos que dicha notificación se realizó. En este escenario, es necesario realizar las siguientes precisiones.

### **5.2.1. Los actos administrativos no son inmutables.**

Con la finalidad evitar la discusión de algunos asuntos en el sector público, se suele argüir que cuando se ha emitido una decisión, acto o resolución final, éste ha quedado firme o consentido, incluso se le suele calificar como “cosa decidida administrativa”, orientando a las personas a acudir al Poder Judicial si tuvieran algún cuestionamiento al respecto, incrementando la carga procesal de ésta última entidad.

<sup>9</sup> ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, *Teoría del Derecho*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2013, p. 166. Al respecto, señala el autor que: “Cuando la regla o el principio son claros en su formulación, debe realizarse su aplicación en la realidad tal cual”.

<sup>10</sup> RUBIO CORREA, Marcial, *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, Décima Edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2009, pp. 254-256 y 273.





En esos supuestos, MORÓN Urbina ha señalado que: *“Si bien la cosa decidida es una variante de la cosa juzgada, no goza de las características de inmutabilidad propias de la cosa juzgada. El régimen de la nulidad y la revocación de los actos administrativos, así como el ejercicio del derecho constitucional de petición de los administrados así lo determinan (...) Es posible iniciar un nuevo procedimiento respecto a un aspecto decidido (...) por la propia naturaleza jurídica de la cosa decidida”*.<sup>11</sup>

Al respecto, GARRIDO FALLA sostiene que: *“(...) la aplicación de la cosa juzgada a los actos administrativos desconoce las exigencias propias de este tipo de actos jurídicos. No puede admitirse que la Administración confiera a sus actos la fuerza material de cosa juzgada que el Juez Ordinario confiere a la sentencia, pues, como señala Forsthoff, mientras ésta se refiere normalmente a un hecho claramente circunscrito, perteneciente al pasado y, por tanto invariable de facto, la Administración se encuentra ante circunstancias que escapan a una delimitación temporal hacia el futuro y que por lo mismo permanecen variables. Respecto de situaciones variables sería inadmisibles la vinculación que produce la fuerza materia de cosa juzgada”*.<sup>12</sup>

En efecto, nuestro ordenamiento jurídico, a través del Título III de la LPAG ha regulado la facultad de la Administración Pública de revisión de oficio de sus actos (administrativos), previendo dos herramientas que podrían ser aplicables al presente caso: la revocación y la nulidad.

### 5.2.2. La revocación

La revocación es una figura amplia y de tipología diversa. La discusión sobre la misma, por lo general, gira en torno a aquellos tipos de revocación que implican el desconocimiento de actos administrativos que preponderantemente producen efectos favorables para los administrados, ya sea en sus derechos, obligaciones o intereses (artículos 214.1.2 y 214.1.4 de la LPAG). Se fundamenta en una causal sobreviniente al momento de emisión del acto a revocarse. Por su carácter lesivo estas modalidades de revocación han resultado históricamente controversiales.

Sin embargo, para efectos del presente informe nos centramos en aquel tipo previsto en el artículo 214.1.3 de la LPAG, que establece que procede la revocación de actos administrativos previos *“[c]uando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros”*. Es decir aquellos supuestos de revocación, en que el desconocimiento de un acto administrativo previo produce efectos preponderantemente favorables al administrado.

El análisis de este tipo de revocación es pacífico debido a que su objetivo es obtener efectos básicamente favorables para los administrados. Incluso, se precisa que la revocación no procede cuando se *“genere perjuicios a terceros”*. De este modo,

<sup>11</sup> MORÓN URBINA, *Op. Cit.*, Tomo II, pp. 221.

<sup>12</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto, LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de Derecho administrativo*, Volumen I, Décimo cuarta edición, Madrid, 2005, p. 704.



CASSAGNE señala que “(...) dos tipos de revocación, (...) juegan un papel en cierto modo independiente de las grandes clasificaciones (...) la revocación que favorece al administrado y aquella que se decreta cuando el derecho ha sido concedido a título precario. La primera procede siempre, habida cuenta de que en tal caso la potestad revocatoria no tiene los límites impuestos en orden a la protección de los derechos individuales (v.gr. petición del propio administrado)”.<sup>13</sup>

En otras palabras, en el presente caso, si se hubiera notificado la “decisión” de no pagar el “Incentivo Cafae” y esta hubiere quedado “consentida” o firme, la Administración Pública puede revocarla con total libertad, sin que exista plazo de prescripción alguno que limite el uso de la facultad revocatoria, como sí sucede en la figura de la nulidad.

### 5.2.3. La nulidad de oficio.

A diferencia de la figura de la revocación, la nulidad de los actos administrativos se sustenta en “causas originarias” o concurrentes al momento de la emisión del acto. De acuerdo al artículo 10 de LPAG, son causales de nulidad del acto administrativo: la contravención a la normatividad vigente; el defecto o la omisión de los requisitos de validez<sup>14</sup> (salvo supuestos de conservación del acto); el incumplimiento de requisitos, documentación o tramites esenciales en aquellos actos que reconocen u otorgan facultades o derechos y; los actos administrativos constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

En el presente caso, de haberse notificado formalmente la decisión de no pagar el “Incentivo Cafae”, existe la posibilidad de declarar su nulidad debido a que la interpretación y aplicación que se realizó al momento de su emisión resultó siendo contraria al ordenamiento jurídico, conforme se sustenta a continuación.

A través del Oficio 582-2018-EF/53.01, de fecha 26 de enero de 2018, la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas, da cuenta, al Minam, que si bien mediante los Informes Técnicos 457-2013-SERVIR/GPGSC y 1397-2015-SERVIR/GPGSC, Servir interpretó que el pago del “Incentivo Cafae” no correspondía a las trabajadoras durante su periodo pre y post natal, mediante Informe 86-2016-EF/50.04 de la Dirección General de Presupuesto Público - DGPP, órgano rector del Sistema Nacional de Presupuesto Público, encargado de “[e]mitir opinión autorizada en materia presupuestaria de manera exclusiva y excluyente en el Sector Público”,<sup>15</sup> opinó en el sentido contrario.

La DGPP señala claramente que la novena disposición transitoria del Texto Único Ordenado de la Ley 28411, Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público,<sup>16</sup> previamente interpretada por Servir, “(...) regula aspectos relacionados a la transferencia

<sup>13</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Op. Cit.*, p. 819.


<sup>14</sup> De acuerdo al artículo 3 del TUO de la Ley 27444, son requisitos de validez de los actos administrativos: 1) Competencia; 2) Objeto o contenido; 3) Finalidad Pública; 4) Motivación y; 5) Procedimiento regular.

<sup>15</sup> Artículo 5.2.4 del Decreto Legislativo 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público. Dicho dispositivo tiene antecedente en la legislación.

<sup>16</sup> Aprobado por el Decreto Supremo 304-2012-EF.



*de recursos por parte de las Entidades a los fondos del Cafae, específicamente la forma en cómo se determina el monto a ser transferido al Cafae para el pago del incentivo único, y en tal sentido no determina en ningún caso, los requisitos que deben cumplirse para percibir el incentivo único y los beneficiarios del mismos (...)*. De modo específico, sobre la disposición a.5 que indica que los Pliegos Presupuestales en ningún caso podrán transferir recursos al Cafae para el pago de los “Incentivos Laborales” de aquellas plazas del personal que no perciba efectivamente las remuneraciones, la DGPP precisa que se trata de una norma de remisión al Reglamento de la Carrera Administrativa, “(...) *no considerándose dentro de dichos supuestos, a la licencia por gravidez o enfermedad que conforme al literal a) del artículo 110° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, es una licencia con goce de remuneración (...)*”.



El criterio del órgano con competencia exclusiva y excluyente para opinar en materia presupuestaria fue comunicado a Servir a través del Oficio 2289-2016-EF/13.01 y en este contexto, esta última Autoridad Nacional expide el referido Informe Técnico 1402-2017-SERVIR/GPGSC, en que se produce sus, tantas veces mencionado, cambio de criterio, sin hacer referencia alguna a que dicha variación se sustenta en la opinión previa de la DGPP.

Dicho de otro modo, toda vez que las normas sobre transferencias presupuestales vinculadas al pago del “Incentivo Cafae” se encontraban contenidos en la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto Público, normativa que históricamente ha establecido que todo dispositivo vinculado a materia presupuestal debe gestionarse necesariamente a través del Ministerio de Economía y Finanzas,<sup>17</sup> y que además ha estipulado que la Dirección Nacional de Presupuesto Público, como órgano rector de dicho sistema administrativo es el encargado de “[e]mitir opinión autorizada en materia presupuestaria de manera exclusiva y excluyente” en el ámbito del mismo, resulta pertinente reconocer la competencia de la DGPP para advertir la *ratio legis* de la norma presupuestal.

De este modo, toda vez que la postura adoptada en el pasado por el Minam contravino abiertamente el real sentido de la normatividad presupuestal, y asumiendo que dicha entidad ha notificado la decisión de no pagar el “Incentivo Cafae”, la misma es pasible de declaración de nulidad, de oficio.

#### **5.2.4. Una nota común a la revocación y la nulidad: El supuesto de falta de notificación del acto a ser revisado.**

Si el supuesto acto a ser revocado o anulado no ha sido notificado a la fecha, el criterio “adoptado” puede ser simplemente variado, toda vez que hasta dicho momento se trata de un acto interno.

Si en la actualidad se insistiera en realizar una (innecesaria) notificación, procederá la interposición de los recursos administrativos establecidos en la LPAG, en cuyo caso

<sup>17</sup> En la actualidad, véase la segunda disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.



bastará a la autoridad variar el criterio “aplicado” anteriormente, no teniendo que recurrir a la figura de la nulidad o la revocación.

### 5.2.5. El ejercicio del derecho de petición

El derecho constitucional de petición ha sido consagrado en el artículo 2, inciso 20) de la Constitución Política del Estado. De acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional, dicho derecho “*no se encuentra vinculado con la existencia en sí de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que necesariamente origina la petición*”.<sup>18</sup>

De este modo, el derecho de petición puede ser el perceptor de las diversas modalidades de actuación de la Administración Pública que hasta el momento se han comentado. Particularmente, será útil en el caso que el acto haya quedado firme o haya sido consentido, pues legalmente no se cuenta con el derecho a impugnarlo.

Sin embargo, el ejercicio de tal derecho también es útil si es que la Administración no ha emitido o notificado formalmente un acto administrativo, dando lugar a la aplicación del ya citado artículo 17.1 de la LPAG, el cual dispone que:

*“La autoridad podrá disponer en el mismo acto administrativo que tenga eficacia anticipada a su emisión, sólo si fuera más favorable a los administrados, y siempre que (...) existiera en la fecha a la que pretenda retrotraerse la eficacia del acto el supuesto de hecho justificativo para su adopción”.*

### 5.2.6. Normas transversales de carácter laboral

Resulta aplicable al presente caso el Decreto Ley 25920, cuyo artículo 3 señala que “*El interés legal sobre los montos adeudados por el empleador se devengan a partir del siguiente de aquél en que se produjo el incumplimiento y hasta el día de su pago efectivo, sin que sea necesario que el trabajador afectado exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación al empleador o pruebe haber sufrido algún daño*”.

En este sentido, a cualquier supuesto de regularización o revisión de oficio anotado precedentemente, se le debe aparejar el pago de los intereses legales correspondientes, en los propios términos del artículo 3 del Decreto Ley 25920. Esto debido a la especial naturaleza de la relación jurídica en que se aplica: la laboral, sea pública o privada.

### 5.2.7. Recordatorio legal: La Administración Pública está facultada para interpretar

Un tópico común de diversos operadores jurídicos de la Administración Pública es la autonegación de su facultad de interpretar las disposiciones de índole administrativa, invocando alguna descripción teórica incompleta del principio de legalidad, entendida como vinculación positiva a la norma, o alegando el carácter ejecutivo y no deliberante de la Administración Pública.

<sup>18</sup> Véase las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 1349-2011-PA/TC (FJ. 4); 2845-2009-PA/TC (FJ. 4); 1042-2002-AA/TC, 1797-2002-HD/TC (FJ. 5); 1042-2002-AA/TC.



Sin embargo, se debe recordar que, el propio Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que, la Administración Pública se somete no sólo a los diversos dispositivos normativos positivos, sino también al derecho. Asimismo prevé como fuente del derecho a los principios del derecho administrativo, ordenando que ninguna autoridad deje de resolver en caso de deficiencia de fuentes. Finalmente, en diversos dispositivos expresamente estipula la función interpretativa de la Administración Pública, en el ámbito del Derecho Administrativo. En este sentido, tenemos:

*“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo*

*1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

*1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.*  
(...)

*La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo”.*

*Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo (...)*

*2. Son fuentes del procedimiento administrativo: (...)*

*2.10. Los principios generales del derecho administrativo.*

*3. Las fuentes señaladas en los numerales 2.7, 2.8, 2.9 y 2.10 sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren”.*

*“Artículo VI.- Precedentes administrativos*

*1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten (...)*

*2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados (...)*”

*“Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes*

*1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad”.*



En el caso concreto, la adecuada consideración de estas disposiciones legales por parte del Minam hubiera permitido una actuación más efectiva, eficiente y oportuna en la atención del pedido del Sintraminam.

### III. Conclusiones

1. Las consultas que las entidades públicas formulen a la Autoridad Nacional del Servicio Civil no pueden suponer la postergación indefinida de su proceso de toma de decisiones, en particular cuando están vinculadas al pago de remuneraciones y beneficios sociales, debido a su carácter alimentario y de bienestar social.
2. La Autoridad Nacional del Servicio Civil debiera establecer criterios diferenciados para la clasificación de las consultas que se le formulan, en función a las entidades requerentes y el nivel de complejidad de la temática propuesta. Consecuentemente, debiera asignar canales de atención especializados, con la finalidad de garantizar que la emisión de la opinión solicitada resulte realmente oportuna.
3. La asunción, en el pasado, de un criterio interpretativo abiertamente erróneo por parte del Minam, se encuentra razonablemente justificada, en tanto se sustentó en la opinión de una Autoridad Nacional en materia de recursos humanos; a pesar que la facultad de emitir opinión autorizada en materia presupuestaria de manera exclusiva y excluyente correspondía al Dirección General de Presupuesto Público.
4. El núcleo de la decisión administrativa que, actualmente, debe adoptar el Ministerio del Ambiente reside en los posibles efectos favorables que el señalado cambio de criterio puede producir en las trabajadoras del Sintraminam, mas no en la valoración o significancia de los informes no vinculantes de la Autoridad Nacional del Servicio Civil.
5. Por la propia naturaleza de los actos de la Administración Pública en materia de personal, los cuales están orientados a fortalecer la eficiencia y eficacia de su organización, toda decisión referida al pago de las remuneraciones y beneficios laborales debe ser considerada *prima facie* como un acto de administración interna, cuyo régimen especialmente diseñado para el cumplimiento de estos principios -eficacia y eficiencia-, resulta más flexible que el régimen de los actos administrativos. En los casos que estos actos resulten desfavorables, al vulnerar derechos e intereses concretos, a pedido de parte, podrán ser considerados actos administrativos y, por lo cual, deberán ser debidamente notificados y motivados.
6. Finalmente, debemos señalar que, en el presente caso, el Ministerio del Ambiente, ante el pedido del Sintraminam, debió evaluar la regularización o subsanación del incumplimiento pasado de su obligación de pago del incentivo Cafae, a las trabajadoras que ejercieron su derecho a descanso pre y post natal; así como proceder a gestionar los recursos necesarios para ejecutar dicha obligación.





#### IV. Recomendaciones

Al Ministerio del Ambiente

APLICAR las normas contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General referidas a los actos de administración interna, con la finalidad de restituir el derecho al pago del incentivo Cafae a las madres trabajadoras, durante el goce del descanso pre y post natal, a las que anteriormente se les aplicó un criterio distinto al planteado por la Dirección General de Presupuesto Público sobre esta materia.

A la Autoridad Nacional del Servicio Civil

EVALUAR el proceso de atención de consultas formuladas por entidades públicas, con el objetivo de introducir mejoras que permitan garantizar el adecuado cumplimiento de las diversas finalidades, que en cada caso, deben perseguir dichas entidades.

Lima, 01 de julio del 2019



**JAVIER DOCUMENT PINEDO**  
Defensor Adjunto para la Administración Estatal (e)  
Defensoría del Pueblo

JD/jaad