



ARTÍCULO N° 002-2011-EMA/EJ

De: Jhonathan Avila Romero
Practicante de Derecho
Para: José-Manuel Martin Coronado
Gerente General
Tema: Incompatibilidad de la Actividad Pública y Privada en los Jueces y Congresistas.
Fecha: 24 de Octubre de 2011

INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y PRIVADA: A PROPÓSITO DE LOS JUECES Y CONGRESISTAS

Jhonathan Ávila Romero
Practicante de Derecho
ESTUDIO MARTIN ABOGADOS

I. INTRODUCCIÓN.-

- 1.1.** Todo Estado constitucional que se precie de serlo se erige sobre la consecución de dos principios: Uno jurídico, conocido como el de supremacía constitucional y el otro político, denominado soberanía popular. Este último principio sugiere que el poder político debe tener cuotas de poder limitadas, evitando la masificación de poder en un solo sujeto. En efecto, se busca que la sociedad encuentre compatibilizado sus intereses con la dinámica estatal, aquella deviene en una respuesta adecuada por parte del Estado a través de sus mecanismos constitucionalmente legitimados, en buen romance, por medio de los funcionarios públicos.
- 1.2** Desde esta perspectiva, la separación de funciones de poder asume un rol fundamental dentro del Estado Constitucional en tanto que se determinan los roles que debe asumir el Estado, haciendo eficiente el rol estatal. Ante ello se ve la necesidad de delimitar claramente las funciones de los órganos estatales a efectos de asegurar el máximo rendimiento estatal. En consecuencia, el tema de función pública no es baladí. En nuestro país, este tema ha sido tratado en forma deficiente, sin técnica legislativa adecuada, trasladando fórmulas foráneas que no se adecuan ni lo harán por la sencilla razón que fueron diseñados para sociedades distintas¹

¹Resulta ilustrativo la experiencia comparada. Al respecto cfr. CARRASCO CANALS, Carlos. «La función pública española en la actualidad. (La reforma y perspectivas del futuro)». En: *Revista de la Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Número 107, 1985, pp. 259-327.

ESTUDIO MARTIN ABOGADOS

Dirección: Jr. Contumazá 817, Of. 201, Lima 1, Perú.

Teléfono: (511) 428-1573 / (51) 988-558-849

Web: www.estudiomartinabogados.com

E-mail: ema@estudiomartinabogados.com



1.3 Nuestra Constitución Política de 1993 regula el actuar de los distintos funcionarios públicos, estableciendo sus derechos y deberes inherentes al cargo. El objeto del presente documento es informar acerca de las incompatibilidades tanto de los congresistas y de los jueces, respecto a la actividad pública y privada que se puedan ejercer de manera simultánea a la luz de la normativa vigente y de los apuntes glosados por la doctrina. Como es evidente, este tema siempre ha estado en debate, pero no siempre ha sido tratado de la manera adecuada.

II. INCOMPATIBILIDAD EN LA FUNCIÓN CONGRESAL.-

2.1 La antigua Constitución de 1979 establecía indistintamente las prohibiciones e incompatibilidades entre la función legislativa y la actividad privada. Así, el artículo 173 señalaba que *"hay incompatibilidad con la condición de gerente, apoderado, representante, abogado, accionista mayoritario, miembro del Directorio de empresas que tienen contratos de obras o aprovisionamiento con el Estado o administran rentas o servicios públicos"*.

2.3 Por su parte, el artículo 174 mencionaba las siguientes prohibiciones:

"1. Intervenir como miembros del Directorio, abogados, apoderados, gestores o representantes de Bancos estatales y de empresas públicas o de economía mixta.

2. Tramitar asuntos particulares de terceros ante los órganos del Poder Ejecutivo.

3. Celebrar por sí o por interpósita persona contratos con la administración pública, salvo las excepciones que establece la ley."

2.4 Con ambas normas se buscaba limitar las funciones de los congresistas a la actividad legislativa en la medida que no existía norma expresa que indicara que la función congresal es a tiempo completo; en consecuencia, la prohibición de ejercer cualquier otra función privada se desprendía.

ESTUDIO MARTIN ABOGADOS

Dirección: Jr. Contumazá 817, Of. 201, Lima 1, Perú.

Teléfono: (511) 428-1573 / (51) 988-558-849

Web: www.estudiomartinabogados.com

E-mail: ema@estudiomartinabogados.com



- 2.5** El artículo 92° de la Carta Magna² advierte que existe incompatibilidad entre el ejercicio del mandato de congresista y cualquier otra función pública la cual está fundamentada en la separación de poderes y en la inconveniencia de quienes deben controlar a los demás, sean empleados sujetos a ellos, en especial al Poder Ejecutivo³.
- 2.6** De igual forma, el Reglamento del Congreso en el artículo 19 señala que el cargo de congresista es incompatible en los siguientes supuestos:
- a) *Con el ejercicio de cualquiera otra función pública, excepto la de Ministro de Estado, y el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarios de carácter internacional.*
 - b) *Con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas o prestan servicios públicos.*
 - c) *Con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas o de instituciones privadas que, durante su mandato parlamentario, obtenga concesiones del Estado, así como en empresas del sistema bancario, financiero y de seguros supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.*

2° Artículo 92.-

La función de congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso.

El mandato del congresista es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra función pública, excepto la de Ministro de Estado, y el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarias de carácter internacional.

La función de congresista es, asimismo, incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento, o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos.

La función de congresista es incompatible con cargos similares en empresas que, durante el mandato del congresista, obtengan concesiones del Estado, así como en empresas del sistema crediticio financiero supervisadas por la Superintendencia de Banca y Seguros.”

³RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pág. 71.

ESTUDIO MARTIN ABOGADOS

Dirección: Jr. Contumazá 817, Of. 201, Lima 1, Perú.

Teléfono: (511) 428-1573 / (51) 988-558-849

Web: www.estudiomartinabogados.com

E-mail: ema@estudiomartinabogados.com



- 2.7 El problema de la norma que hemos citado recae en la limitación de supuestos. En efecto, se establece que es incompatible con la función de gerente, apoderado, representante, abogado, accionista mayoritario o miembro del Directorio de empresas o de instituciones privadas; pero esto sólo menciona a ciertas personas jurídicas como es el caso de los accionistas y la sociedad anónima, no hay regulación para el resto de personas jurídicas. Desde esta perspectiva, las incompatibilidades no podrán aplicarse analógicamente a otros supuestos, porque estas son de carácter restrictivo, por lo que no es permitido.
- 2.8 La redacción de la norma no se ocupa de otras personas jurídicas o aquellos entes que tienen personería jurídica. En este sentido, la redacción de la norma debió incluir todos los casos o sencillamente indicar que la función congresal es incompatible con el ejercicio de funciones dentro de cualquier persona jurídica. En efecto, conforme a la Ley General de Sociedades⁴ (LGS) el Directorio y la Gerencia están presentes en la Sociedad Anónima, pero no sucede lo mismo con el resto de personas jurídicas reguladas por la LGS: La sociedad colectiva, la sociedad en comandita (cualquiera de sus modalidades), la comercial de responsabilidad limitada o cualquiera de las dos sociedades civiles, Asimismo, tampoco sería aplicable al resto de personas jurídicas que están reconocidas por ley especial, tal sería el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad limitada, donde la gerencia es optativa.
- 2.9 Por otro lado, tanto la norma constitucional como el Reglamento del Congreso indican que es incompatible la función congresal con cualquier actividad privada. En efecto, lógicamente si el congresista tuviera intereses privados sería fácil utilizar su poder político para la obtención de beneficios en perjuicio de la sociedad y el Estado. Dicha formulación manifiesta que ante la superioridad jerárquica del congresista es necesario limitar su «cuota de poder»
- 2.10 Por ello compartimos la posición de Sánchez Morón, para quien la regulación de un sistema de incompatibilidades es requisito necesario para asegurar el principio de objetividad en la actuación administrativa y la regulación, asimismo, de las garantías necesarias para asegurar la imparcialidad en el ejercicio de la función pública⁵. Por lo anteriormente expuesto, se evidencia que la regulación en el texto constitucional es deficiente.

III. INCOMPATIBILIDAD DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.-

⁴ Ley N° 26887. Vigente desde el 01 de Enero de 1998.

⁵SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. Madrid: Tecnos, 1996, pág. 62.



- 3.1** Previamente el artículo 243 de la Constitución de 1979 *"la función judicial es incompatible con toda otra actividad pública o privada, excepto la docencia universitaria"*
- 3.2** La Carta Política⁶ señala escuetamente que la función jurisdiccional es incompatible con otra actividad pública y privada. La función judicial siempre ha sido objeto de discusión ya sea por el poder que se le brinda y los excesos que comete⁷ o por su carácter pasivo que puede ostentar de acuerdo a determinadas realidades. Como consecuencia de aquello es importante definir cuales son las incompatibilidades que tiene el juez respecto a tan delicada función.
- 3.3.** En primer término, es incompatible con cualquier otra función pública y esto porque al tener como principal función juzgar, el conflicto de intereses se hace evidente. El Estado, tendrá mayor facilidades si tiene al mismo funcionario como juez y parte, que dicho sea de paso vulnera el principio de imparcialidad⁸. En casos especiales, donde el Estado es juez y parte (por ejemplo una de las partes es una empresa estatal), pero sucede que la misma función recae en funcionarios distintos, por ello no habría incompatibilidad.
- 3.4** Respecto al tema que nos atañe la función judicial también es incompatible con la actividad privada, nuevamente por los conflictos de intereses que se suscitarían haciendo dificultoso el sistema de justicia. Las nuevas perspectivas de un sistema de justicia compatible con un Estado constitucional no pueden estar ajenos a los fenómenos latentes como la corrupción, ante ello es necesario ajustar el perfil de magistrado que se busca, no sólo con incompatibilidades, sino también con características especiales como sería una probada vocación democrática⁹

⁶**Artículo 146.-**

*La función jurisdiccional es incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria fuera del horario de trabajo.
(...)"*

⁷CAPPELLETTI, Mauro. *¿Jueces Legisladores?*. Lima: Communitas, 2010.

⁸Este principio exige que el órgano jurisdiccional esté absolutamente desafectado de lo que es material del conflicto de intereses y también cualquier relación con quienes participan en él. Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Teoría General del Proceso*. Lima: Communitas, 3era ed., 2009, pp. 176-177.

⁹LANDA ARROYO, César. *Estudios sobre Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa. 2006, pp. 104-105.



- 3.5. La Ley de Carrera Judicial, Ley N° 29777¹⁰ regula las incompatibilidades de los jueces desde una lógica distinta. En efecto, el artículo 42 sólo hace mención a la incompatibilidad en razón del parentesco que tengan los jueces, pues indica *“Hay incompatibilidad por razón del parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por matrimonio y unión de hecho (...)”*.
- 3.6. Sin embargo, donde se regula la desavenencia con la función privada es en el apartado de las prohibiciones en el artículo 40:
- “Artículo 40. Prohibiciones**
(...)
3. *Aceptar cargos remunerados dentro de las instituciones públicas o privadas, a excepción del ejercicio de la docencia universitaria en materias jurídicas;*
4. *Ejercer el comercio, industria o cualquier actividad lucrativa personalmente o como gestor, asesor, socio, accionista (a excepción de adquirirse tal condición por sucesión hereditaria o antes de la asunción al cargo), empleado, funcionario o miembro o consejero de juntas, directorios o de cualquier organismo o entidad dedicada a actividad lucrativa;*
(...)” (Subrayado Agregado)
- 3.7. Nuevamente la crítica para la norma es que no engloba a todas las personas jurídicas, aunque hace la salvedad de cualquier persona jurídica con fines de lucro. No obstante la distinción entre una y otra es discutible.
- 3.8. Según la doctrina tradicional¹¹, la diversidad de naturaleza del fin perseguido podría tomarse como criterio general para una clasificación de los entes colectivos. Así, las fundaciones mostrarían un propósito altruista (que excluye toda perspectiva de ventaja, especialmente patrimonial, en favor de quienes las constituyen), mientras que las sociedades tienen un fin de lucro (referida al reparto de utilidades).
- 3.9. Al respecto, debemos acotar que todas las personas jurídicas realizan actividades económicas y por lo tanto, podría decirse que lucran en la medida que necesitan hacer negocios jurídicos para su normal funcionamiento que

¹⁰Esta norma fue cuestionada en un proceso de inconstitucionalidad: Exp. N° 00006-2009-PI/TC. Para nuestro análisis, dejaremos de lado la sentencia en la medida que no incide en nuestro tema.

¹¹BRESCCIA, Umberto y otros. *“Derecho Civil”*. Tomo I - Volumen 1 Normas, sujetos y relación jurídica. Colombia: Universidad Externado de Colombia. pp. 240-241.



importa una transferencia económica ya sea desde la simple compra de útiles de oficina como la de un contrato de *leasing*. En todo caso, consideramos que la norma debió incluir a todos los entes corporativos y no hacer la limitación a las personas jurídicas con fines de lucro.

- 3.10.** Por otro lado, la Ley de Carrera Judicial menciona en el artículo 48 inciso 2 como una falta grave el ejercicio de la defensa legal ya sea pública o privada, salvo en los casos previstos; esto genera la destitución o suspensión del magistrado conforme al artículo 51 de la misma norma¹².
- 3.11.** Aunado a ello, cabe mencionar el Principio de Exclusividad que afecta el status jurídico de los magistrados en la medida que están dedicados a ejercer única y exclusivamente las funciones de naturaleza judicial¹³. Esto deviene de la doctrina de separación de poderes en tanto y en cuanto la cuota de poder está brindada a un órgano a efectos que la ejerza exclusivamente y no entre en conflicto con otras funciones que pudiera realizar, entre ellas la privada. Esto va de la mano con la imparcialidad característica de la función judicial, como se ha apuntado antes, esto es garantía de un debido proceso.
- 3.12** Conforme a lo anteriormente expuesto el conflicto de intereses puede surgir a favor de sí mismo o de terceros. En efecto, esto implica la imposibilidad de ser juez y parte en el proceso, puesto que es una garantía para los justiciables la imparcialidad en los procesos. Sin embargo, puede suceder que el juez se encuentre con una causa que involucre sus intereses, ante ello deberá inhibirse, caso contrario sería factible la recusación. Esto sería aplicable cuando se verifique algún nexo del Juez con el ente corporativo parte del litigio; un caso singular es cuando la norma habilita al juez el ejercicio de actividad privada, el supuesto es la docencia universitaria, el conflicto de intereses también existiría por lo que cabe la inhibición o recusación del juez¹⁴.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.-

¹²**Art. 51. Proporcionalidad entre tipos de faltas y sanciones.**

Las sanciones previstas en el artículo anterior se impondrán según los siguientes lineamientos:

(...)

3. Las faltas muy graves se sancionan con suspensión, con una duración mínima de cuatro meses y una duración máxima de seis meses, o con destitución.

¹³Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en el Exp. 00017-2003-AI/TC. Fundamentos Jurídicos 116 a 118.

¹⁴ Por ejemplo en el conflicto entre la PUCP y el Arzobispado de Lima, cuando llegó al Tribunal Constitucional, el entonces Magistrado César Landa Arroyo se inhibió del proceso.

ESTUDIO MARTIN ABOGADOS

Dirección: Jr. Contumazá 817, Of. 201, Lima 1, Perú.

Teléfono: (511) 428-1573 / (51) 988-558-849

Web: www.estudiomartinabogados.com

E-mail: ema@estudiomartinabogados.com



- 4.1** Como se evidencia las prohibiciones a los congresistas con la Constitución del 79 tienen ciertas limitaciones. En efecto, el congresista podría realizar funciones de mandatario en tanto no estaba prohibido por la norma y es una figura completamente distinta a la representación. Asimismo, tampoco hay prohibición de ser representante de personas jurídicas que no tengan alguna relación jurídica con el Estado, ya tenga carácter lucrativo o no. De igual forma, en los entes con personería jurídica, por ejemplo los colegios, tampoco se establecen prohibiciones.
- 4.2** Las incompatibilidades en los congresistas están referidas a ciertos tipos de personas jurídicas, lo cual limita el tipo y da pie a malas interpretaciones. Ante ello, se considera que la redacción de la norma bien pudo haber indicado que la incompatibilidad está dada con el ejercicio de funciones en cualquier ente corporativo; no obstante, no se redactó de este modo.
- 4.3** Como se desprende del texto literal de la norma, los jueces pueden desarrollar únicamente la docencia universitaria como actividad privada, como se desprende del texto de la Constitución del 79 la prohibición era general, siendo la única excepción la docencia universitaria. Sin embargo, también podrían realizar otras actividades como: 1) Ser titular de una EIRL; 2) formar parte de entes con personería jurídica (colegios); 3) ser una persona natural con negocio; 4) hacer negocios jurídicos con otras personas jurídicas; 5) ser parte de personas jurídicas sin fines de lucro; entre otras.
- 4.4** De igual forma, la norma que regula las incompatibilidades en los jueces con la función privada está limitada a las personas jurídicas con fines de lucro, sin hacer mención a las que no tienen este fin. En consecuencia, la regulación de la norma también pudo haber expuesto un argumento sencillo como la incompatibilidad de funciones con cualquier ente corporativo.
- 4.5** Por último, se observa que no existe consenso en las definiciones de “incompatibilidad” y “prohibiciones”. En efecto, son usadas en forma distinta según la normativa que se haga, esto llama la atención porque se generan confusiones donde no las hay y debates intrascendentes sobre cuestiones que ya han sido resueltas en otras latitudes. Por ello, es menester uniformizar conceptos y ser claros en las normas.