



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

RESOLUCIÓN Nº 01793 -2014-SERVIR/TSC-Primera Sala

EXPEDIENTE : 12841-2012-SERVIR/TSC
IMPUGNANTE : HECTOR GUILLERMO MILLAN CABANILLAS
ENTIDAD : MINISTERIO DE DEFENSA
RÉGIMEN : DECRETO LEGISLATIVO Nº 276
MATERIA : RÉGIMEN DISCIPLINARIO
SUSPENSIÓN TEMPORAL POR TREINTA (30) DÍAS SIN GOCE
DE REMUNERACIONES

SUMILLA: *Se declara la NULIDAD de la Resolución Ministerial Nº 1282-2011/DE/SG, del 2 de diciembre de 2011 y de la Resolución Ministerial Nº 564-2012-DE/SG, del 11 de mayo de 2012, emitidas por el Ministro de Defensa, por vulneración del debido procedimiento.*

Lima, 31 de octubre de 2014

ANTECEDENTES

1. Con fecha 23 de septiembre de 2008, mediante el Oficio Nº 2667-2008-CG/DC, la Contraloría General de la República remitió al Despacho Ministerial del Ministerio de Defensa, en adelante la Entidad, el Informe Nº 198-2008-CG/SDR-EE “Examen Especial a la situación administrativa, económica y financiera de la Unidad Ejecutora 001 Oficina de Administración General del Pliego 026 del Ministerio de Defensa”, en adelante el Informe; recomendándole que implemente las acciones correspondientes para el deslinde de las responsabilidades administrativas que correspondan contra los servidores involucrados en los hechos observados.

Dentro de las observaciones contenidas en el referido informe, se encontraba la siguiente: “4. Irregular utilización de S/. 20,059.18 correspondientes al fondo para pagos en efectivo de las dependencias administrativas “Dirección Ejecutiva” y “Oficina de Administración” de la Unidad Ejecutora 001: Oficina de Administración del Ministerio de Defensa”.

Sobre dicha observación, en el Informe se concluyó, de manera textual, lo siguiente:

“Durante el periodo enero 2005 a julio 2006, se ha determinado el empleo de recursos del Fondo para Pagos en Efectivo ascendentes a S/. 20.059,18 en consumos que se encuentran prohibidos por el marco normativo aplicable tales como: retribuciones económicas excepcionales; consumos de alimentos en restaurantes y alimentos utilizados en reuniones, grupos de trabajo, atenciones al personal por laborar fuera del horario de trabajo y atenciones a terceros; (...),



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

sustentados con boletas de venta adulteradas en el importe pagado y/o fecha de emisión; adquisición de bienes de uso particular; y, sin contar con documentación sustentatoria adecuada; (...)

Los hechos expuestos se han originado por la negligente actuación de los responsables de la administración, control y supervisión de los recursos del Fondo para Pago en Efectivo, ocasionando que la entidad deje de emplear recursos del fondo en situaciones de carácter urgente y gastos menudos por S/. 20.059,18”.

2. Mediante la Resolución Ministerial N° 1457-2008/DE/SG, del 3 de diciembre de 2008, el Ministerio de Defensa resolvió constituir la Comisión Especial de Proceso Administrativo Disciplinario que conocería del proceso administrativo disciplinario que pudiera instaurarse, entre otros, al señor HECTOR GUILLERMO MILLAN CABANILLAS, en adelante el impugnante, ex Jefe del Departamento de Control Previo de la Oficina de Administración; de acuerdo a las observaciones, conclusiones y recomendaciones efectuadas en el Informe.
3. El 2 de diciembre de 2011, el Ministro de Defensa emitió la Resolución Ministerial N° 1282-2011/DE/SG, mediante la cual se resolvió instaurar procedimiento administrativo disciplinario al impugnante, al estar comprendido en las observaciones del Informe, y por los fundamentos expuestos en su parte considerativa; otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para que formule sus descargos.

En la parte considerativa de la resolución referida en el párrafo anterior, se indicó de manera literal, lo siguiente:

“Que en mérito a los antecedentes expuestos anteriormente, los funcionarios que actualmente ocupan los cargos del Comité Especial de Proceso Administrativo Disciplinario (...), concluyeron aprobando el informe del visto, en el cual se recomienda que en el marco de lo dispuesto en los numerales 5 y 6 del artículo 7º de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, se disponga a través de Resolución Ministerial la instauración de proceso administrativo disciplinario a los funcionarios involucrados en la misma, por estar incurso en los hechos observados que a continuación se indica:

*(...) **HECTOR MILLAN CABANILLAS**, ex Jefe del Departamento de Control Previo de la Oficina de Administración (...), por irregular utilización de S/. 20,059.18 Nuevos Soles, correspondientes al Fondo para pagos en efectivo de las dependencias administrativas “Dirección Ejecutiva” y “Oficina de Administración” de la Unidad Ejecutora 001: Oficina de Administración del Ministerio de Defensa. (...).”*

4. Con el escrito de fecha 13 de diciembre de 2011, el impugnante formuló sus descargos rechazando tener responsabilidad alguna sobre el hecho imputado y



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

solicitando que se declare la prescripción de la acción disciplinaria de la Entidad y la nulidad de la Resolución Ministerial N° 1282-2011/DE/SG por vulnerarse los principios de legalidad y de debido procedimiento por cuanto lo está procesando una Comisión Especial como si fuera un funcionario, cuando lo pertinente es que su caso lo conozca la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios de la Entidad, en su calidad de servidor.

5. Mediante la Resolución Ministerial N° 564-2012-DE/SG¹, del 11 de mayo de 2012, emitida por el Ministro de Defensa, se resolvió imponer al impugnante la sanción de suspensión temporal por treinta (30) días sin goce de remuneraciones, por los hechos contenidos en la Observación N° 4 del Informe, configurándose el incumplimiento del deber previsto en el numeral 5 del artículo 7° de la Ley N° 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública², de acuerdo a lo señalado en la parte considerativa de la misma.

En la parte considerativa de la Resolución Ministerial N° 564-2012-DE/SG, se indicó de manera textual, lo siguiente:

“Que, de acuerdo al contenido de las observaciones antes descritas y luego de analizados los descargos del personal involucrado, puede determinarse que los funcionarios implicados se encuentran comprometidos con el uso irregular de fondos públicos (...)

Que, en tal sentido, corresponde puntualizar que la Observación N° 4, atribuida al señor Hector Millan Cabanillas, (...), implicó en su momento la transgresión del literal c) del artículo 8° de la Ley N° 28427 “Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2005” y del literal e) del Artículo 8° de la Ley N° 28652 “Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2006”, así como de las Directivas de Tesorería correspondiente a los ejercicios fiscales 2005 y 2006 (expedidas por la DNTP) y las Directivas sobre Normas para la Administración, Ejecución y Control de Fondos para Pagos en Efectivo y/o Caja Chica en la Unidad Ejecutora 001: Oficina de Administración del MINDEF, correspondientes a los ejercicios fiscales 2005 y 2006”.

¹ Notificada al impugnante el 21 de mayo de 2012.

² **Ley N° 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública**

“Artículo 7°.- Deberes de la Función Pública

El servidor público tiene los siguientes deberes:

(...)

“5. Uso Adecuado de los Bienes del Estado

Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados”.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN

6. El 7 de junio de 2012, el impugnante interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución Ministerial N° 564-2012-DE/SG, ampliado con el escrito presentado el 11 de diciembre de 2012, solicitando que se declare fundado su recurso impugnativo, se revoque la sanción que se le impuso y se expida una medida cautelar a fin suspender los efectos del acto impugnado, señalando, entre otros aspectos, que no se han realizado las diligencias necesarias, por parte de la Entidad, a efectos de corroborar su responsabilidad ni el análisis necesario y adecuado para los casos de esta naturaleza.

Asimismo, indicó que la medida de suspensión aplicada ya se está ejecutando, toda vez que han desactivado la posibilidad de registrar su asistencia con la clave de acceso en el reloj en el cual marcan su ingreso y salida de la Entidad.

7. Con los Oficios N°s 339 y 484-2012-MINDEF/VRD/A/02 de la Dirección de Personal Civil, y 1079-2014-MINDEF-SG de la Secretaría General de la Entidad, se remitió al Tribunal del Servicio Civil, en adelante el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por el impugnante, así como los antecedentes que dieron origen a la resolución impugnada.

ANÁLISIS

De la competencia del Tribunal del Servicio Civil

8. De conformidad con el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1023³, en su versión original, el Tribunal tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, en materia de acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la

³ Decreto Legislativo N° 1023 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos

“Artículo 17°.- Tribunal del Servicio Civil

El Tribunal del Servicio Civil - el Tribunal, en lo sucesivo - es un órgano integrante de la Autoridad que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema.

El Tribunal es un órgano con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia. Conoce recursos de apelación en materia de:

- Acceso al servicio civil;
- Pago de retribuciones;
- Evaluación y progresión en la carrera;
- Régimen disciplinario; y,
- Terminación de la relación de trabajo.

El Tribunal constituye última instancia administrativa. Sus resoluciones podrán ser impugnadas únicamente ante la Corte Superior a través de la acción contencioso administrativa.

Por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, previa opinión favorable de la Autoridad, se aprobarán las normas de procedimiento del Tribunal”.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

carrera, régimen disciplinario, terminación de la relación de trabajo y pago de retribuciones; siendo la última instancia administrativa.

9. No obstante, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, acorde a lo dispuesto por su Centésima Tercera Disposición Complementaria Final⁴, el Tribunal carece de competencia para conocer y emitir un pronunciamiento respecto del fondo de los recursos de apelación en materia de pago de retribuciones.
10. Asimismo, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico 23 de la Resolución de Sala Plena N° 001-2010-SERVIR/TSC⁵, precedente de observancia obligatoria sobre competencia temporal, el Tribunal es competente para conocer en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación que sean presentados ante las entidades a partir del 15 de enero de 2010, siempre y cuando, versen sobre las materias establecidas en el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1023.
11. En tal sentido, al ser el Tribunal el único órgano que resuelve la segunda y última instancia administrativa en vía de apelación en las materias de acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario, y terminación de la relación de trabajo, con la resolución del presente caso asume dicha competencia, pudiendo ser sus resoluciones impugnadas solamente ante el Poder Judicial.
12. Se advierte que el recurso de apelación suscrito por el impugnante:
 - (i) Ha sido interpuesto después del 15 de enero de 2010.
 - (ii) Ha sido interpuesto dentro del plazo de los quince (15) días de notificado el acto materia de impugnación, conforme lo dispone el artículo 17° del Reglamento del Tribunal, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 135-2013-PCM y por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM.
 - (iii) Cumple formalmente con los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 18° del Reglamento del Tribunal.
13. Considerando que es deber de todo órgano decisor, en cautela del debido procedimiento, resolver la controversia puesta a su conocimiento según el mérito

⁴ Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

“CENTÉSIMA TERCERA.- Deróguese el literal b) del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos”.

⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de agosto de 2010.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

de lo actuado; y, habiéndose procedido a la valoración de los documentos y actuaciones que obran en el expediente, corresponde en esta etapa efectuar el análisis jurídico del recurso de apelación.

Del régimen disciplinario aplicable

14. De la revisión del expediente se aprecia que en el momento de producirse los hechos materia de sanción el impugnante se desempeñaba en la Entidad bajo régimen establecido por el Decreto Legislativo N° 276, por lo que le es de aplicación las normas contenidas en el citado decreto legislativo y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM, el Reglamento de Organización y Funciones, el Manual de Organización y Funciones de la Entidad, así como cualquier otra disposición en la cual se establezca funciones y obligaciones para su personal.

De la aplicación del Código de Ética de la Función Pública al impugnante

15. En cuanto a la aplicación subjetiva del Código de Ética de la Función Pública, conforme al numeral 4.1 de su artículo 4º se considera como “Servidor Público” o “Empleado Público” a *“...todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado...”*; asimismo, se indica que *“...no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto”*.
16. Asimismo, el referido Código establece en su artículo 2º que para efectos del mismo, se entiende la “Función Pública” como *“...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”*; es decir, para efectos de la aplicación de las disposiciones, entiéndase deberes, obligaciones y sanciones derivadas del Código de Ética de la Función Pública, el desempeño de la función pública constituye un requisito indispensable.
17. Es decir, para los efectos de aplicación del Código de Ética de la Función Pública se encuentran sujetos a sus disposiciones aquellas personas que presten servicios al Estado desempeñando actividades o funciones públicas en las entidades de la Administración Pública en cualquiera de sus niveles jerárquicos, independientemente de su condición de nombrado, contratado, designado, de confianza o electo, así como del régimen jurídico de la entidad pública en la que se preste servicios o del régimen laboral o de contratación.
18. En el presente caso, conforme se aprecia de la documentación que obra en el expediente, el impugnante en el momento de la comisión de la infracción, se



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

desempeñaba para la Entidad bajo el régimen establecido en el Decreto Legislativo N° 276. No obstante, las normas de dicho régimen no le fueron aplicadas en el procedimiento administrativo disciplinario, sino que únicamente se hizo mención a las disposiciones de la Ley N° 27815.

19. En tal sentido, esta Sala considera que el impugnante se encuentra bajo los alcances de las disposiciones del Código de Ética de la Función Pública, al estar bajo los supuestos de aplicación subjetiva de la referida norma, y que cuando en el transcurso del procedimiento se indica que éste es empleado público, dicha denominación se realiza al amparo de lo dispuesto en el numeral 4.1 del artículo 4º del Código de Ética de la Función Pública.

Sobre el debido procedimiento, el derecho de defensa y el principio de tipicidad

20. La Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, establece como principio del procedimiento administrativo, entre otros, el debido procedimiento⁶, por el cual los administrados tienen derecho a la defensa (exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas), y a una decisión debidamente motivada y fundamentada.
21. Por su parte, el numeral 3 del artículo 139º de la Constitución Política del Perú establece, como principio de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que estos principios “(...) no sólo se limitan a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos sancionatorios. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (...)”⁷.

⁶ Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General

TÍTULO PRELIMINAR**“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:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. (...)”.

⁷ Fundamento 2 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02678-2004-AA.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

22. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional manifiesta que “(...) en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho reconocido en la referida disposición “(...) no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, “judicial”, sino que se extiende también a sede “administrativa” y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional (el que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana (...)”⁸.
23. Con relación al derecho de defensa, el numeral 14 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, dispone que nadie puede ser privado de este derecho en ningún estado del proceso; sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no sólo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo (...)”⁹; siendo el derecho de defensa parte del derecho del debido proceso, el cual “(...) se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés”¹⁰.
24. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “(...) el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos, lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra” [Exp. N° 0649-2002-AA/TC FJ 4]¹¹”.
25. Agrega el referido Tribunal que: “queda clara la pertinente extrapolación de la garantía del derecho de defensa en el ámbito administrativo sancionador y con ello la exigencia de que al momento del inicio del procedimiento sancionador se informe al sujeto pasivo de los cargos que se dirigen en su contra, información que debe ser oportuna, cierta, explícita, precisa, clara y expresa con descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan, la infracción

⁸ Fundamento 3 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2659-2003-AA/TC.

⁹ Fundamento 13 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 8605-2005-AA/TC.

¹⁰ Fundamento 14 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 8605-2005-AA/TC.

¹¹ Fundamento 4 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 2659-2003-AA/TC.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

supuestamente cometida y la sanción ha imponerse, todo ello con el propósito de garantizar el derecho constitucional de defensa”¹².

26. En relación al principio de legalidad y a la tipificación de las conductas sancionables o infracciones, los numerales 1 y 4 del artículo 230º de la Ley de Procedimiento Administrativo General¹³, señalan que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado; y que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango legal mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva u análoga.

Por lo que las entidades sólo podrán sancionar la comisión de conductas que hayan sido previamente tipificadas como ilícitas, mediante normas que describan de manera clara y específica el supuesto de hecho infractor y la sanción aplicable¹⁴.

27. Asimismo, respecto al principio de legalidad y tipicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) *el primero, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, mientras que el segundo, se constituye como la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta, resultando éste el límite que se impone al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción de una determinada disposición legal*”¹⁵.

¹²Fundamento 14 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02098-2010-PA/TC.

¹³**Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

“**Artículo 230º.-** Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.”

¹⁴VERGARAY, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. *La Potestad Sancionadora y los Principios del Derecho Sancionador*. En: Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General, Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde. Lima: 2009. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. p.403.

¹⁵Fundamento 11 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 06301-2006-AA/TC.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

28. De modo que, por el principio de legalidad, las entidades deben prever de manera clara qué conductas son ilícitas y sancionables, mientras que por el principio de tipicidad, existe una obligación por parte de las entidades públicas, tanto al momento de iniciar un procedimiento administrativo disciplinario, como al momento de resolver la imposición de una sanción, de señalar de manera expresa cuál es la norma o disposición que se ha incumplido; y asimismo, se debe precisar cuál es la correspondiente falta que se ha cometido, la misma que debe tener correlato con la sanción a imponerse.
29. Es pertinente referir que el Tribunal Constitucional ha señalado, respecto a los límites de la potestad administrativa disciplinaria, que “(...) *está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respecto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular de la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto, debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman*”¹⁶.
30. Por lo que se puede concluir que las entidades públicas al hacer ejercicio de su potestad sancionadora, están obligadas a respetar los derechos constitucionales señalados anteriormente, tales como el derecho de defensa y el debido procedimiento administrativo; de lo contrario, el acto administrativo emitido soslayando tales derechos carecería de validez.
31. De otro lado, en lo que respecta a la debida motivación, debemos señalar que la debida motivación en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico constituye, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley N° 27444¹⁷, un requisito de validez del acto administrativo que se sustenta en la necesidad de “*permitir apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad en la actuación pública*”¹⁸.
32. El incumplimiento del deber de motivación del acto administrativo comprende dos supuestos principales: la carencia absoluta de motivación y la existencia de una motivación insuficiente o parcial. En el segundo caso, por tratarse de un vicio no

¹⁶ Fundamento 6 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1003-98-AA/TC.

¹⁷ **Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General**
“Artículo 3º.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)”.

¹⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Octava Edición. Lima: 2009, Gaceta Jurídica. p. 157.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

trascendente, prevalece la conservación del acto a la que hace referencia el artículo 14º de la Ley Nº 27444¹⁹. En el primero, al no encontrarse incluido en dicho supuesto, el efecto es la nulidad de pleno derecho del acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 10º de la referida Ley²⁰.

33. Al respecto, es necesario considerar que la exigencia de motivación de las resoluciones administrativas ha sido materia de pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional, quien ha precisado su finalidad esencial del siguiente modo:

“La motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación”²¹.

34. En tal sentido, en la interpretación del Tribunal Constitucional:

“Un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”²².

35. Ahora bien, en la Resolución Ministerial Nº 1282-2011/DE/SG, se resolvió instaurar procedimiento administrativo disciplinario al impugnante, señalando que éste se encontraba involucrado en el hecho de la irregular utilización de S/. 20,059.18 correspondientes al fondo para pagos en efectivo de las dependencias administrativas “Dirección Ejecutiva” y “Oficina de Administración” de la Unidad Ejecutora 001: Oficina de Administración de la Entidad.

¹⁹ Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 14º.- Conservación del acto

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes: (...)

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial. (...).”

²⁰ Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 10º.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: (...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14. (...).”

²¹ Sentencia recaída en el Expediente Nº 4289-2004-AA/TC, Fundamento Noveno.

²² Sentencia recaída en el Expediente Nº 0090-2004-AA/TC, Fundamento Trigésimo Cuarto.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

No obstante, de la revisión del Informe, se advierte que el monto al cual se ha hecho referencia comprende a una serie de acciones realizadas entre los años 2005 y 2006; sin embargo, el impugnante no se desempeñó durante todo ese periodo como Jefe del Departamento de Control Previo de la Oficina de Administración.

36. En este sentido, esta Sala considera que la resolución que dispuso instaurar procedimiento administrativo al impugnante, carece de una debida motivación, toda vez que se le pretende responsabilizar por un hecho en el que se encuentran varias personas involucradas, sin que se haya efectuado una precisión, en el monto y en los pagos que efectivamente dispuso.

A su vez, se advierte que al momento de instaurarle el procedimiento administrativo disciplinario al impugnante, no le han sido precisadas las obligaciones que habría incumplido en el marco de sus funciones.

37. Asimismo, en la Resolución Ministerial Nº 564-2012-DE/SG, se dispuso sancionar al impugnante, por las infracciones a los artículos referidos en el Código de Ética, señalando que transgredió lo previsto en el literal c) del artículo 8º de la Ley Nº 28427, el literal e) del artículo 8º de la Ley Nº 28652, las Directivas de Tesorería correspondiente a los ejercicios fiscales 2005 y 2006 y las Directivas sobre Normas para la Administración, Ejecución y Control de Fondos para Pagos en Efectivo y/o Caja Chica en la Unidad Ejecutora 001: Oficina de Administración de la Entidad, correspondientes a los ejercicios fiscales 2005 y 2006; normas que no fueron señaladas al momento de requerirle sus descargos.

Lo expuesto en los párrafos precedentes se puede apreciar de forma ilustrativa en el siguiente cuadro:

HECHOS IMPUTADOS	HECHOS POR LOS QUE SANCIONA
(i) Irregular utilización de S/. 20,059.18 correspondientes al fondo para pagos en efectivo de las dependencias administrativas “Dirección Ejecutiva” y “Oficina de Administración” de la Unidad Ejecutora 001: Oficina de Administración del Ministerio de Defensa”.	(i) Irregular utilización de S/. 20,059.18 correspondientes al fondo para pagos en efectivo de las dependencias administrativas “Dirección Ejecutiva” y “Oficina de Administración” de la Unidad Ejecutora 001: Oficina de Administración del Ministerio de Defensa”.
NORMAS INCUMPLIDAS IMPUTADAS	NORMAS INCUMPLIDAS POR LAS QUE SE SANCIONÓ
- No se indicaron.	<ul style="list-style-type: none"> - Literal c) del artículo 8º de la Ley Nº 28427. - Literal e) del artículo 8º de la Ley Nº 28652. - Directivas de Tesorería correspondiente a los ejercicios fiscales 2005 y 2006 - Directivas sobre Normas para la Administración, Ejecución y Control de Fondos para Pagos en Efectivo y/o Caja Chica en la Unidad Ejecutora



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

	001: Oficina de Administración de la Entidad, correspondientes a los ejercicios fiscales 2005 y 2006.
FALTAS IMPUTADAS	FALTAS POR LAS QUE SE SANCIONÓ
- Transgresión de lo previsto en el numeral 5 del artículo 7º de la Ley Nº 27815.	- Transgresión de lo previsto en el numeral 5 del artículo 7º de la Ley Nº 27815.

38. Por lo tanto, se puede afirmar que la Entidad no cumplió con señalar al impugnante de manera clara y precisa, al momento de solicitarle sus descargos, las normas infringidas o inobservadas así como las faltas en las que habría incurrido.
39. A partir de lo expuesto, en el procedimiento realizado por la Entidad, se incurrió en contravención del principio de tipicidad, y por ende, se vulneró el derecho de defensa del impugnante, por cuanto no se le permitió conocer con absoluta certeza cuáles eran las imputaciones en su contra, de modo tal que pueda rebatirlas al momento de efectuar sus descargos.
40. De igual forma, en consideración a lo expuesto precedentemente, es posible afirmar que la Resolución Ministerial Nº 1282-2011/DE/SG y la Resolución Ministerial Nº 564-2012-DE/SG carecen de una debida motivación, por cuanto se ha involucrado al impugnante en un hecho sobre el cual no habría tenido únicamente toda la responsabilidad, debido a que tanto él como otros funcionarios se desempeñaron en la Jefatura del Departamento de Control Previo de la Oficina de Administración de la Entidad. Además, al momento de sancionarlo se consideró el incumplimiento de normas que no le fueron imputadas al momento de requerirle sus descargos.
41. En este sentido, esta Sala considera que se ha vulnerado el debido procedimiento en el presente caso, toda vez que el impugnante se ha encontrado en estado de incertidumbre respecto de los hechos presuntamente cometidos por éste, las normas que habría incumplido y que dieron lugar a sancionarlo.
42. Por todo lo expuesto, este cuerpo Colegiado considera que la Entidad ha inobservado garantías con las que se encuentra premunido todo administrado, por lo que la Resolución Ministerial Nº 1282-2011/DE/SG y la Resolución Ministerial Nº 564-2012-DE/SG, se encontrarían inmersas en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10º de la Ley Nº 27444²³, por contravenir los numerales 3 y 14 del artículo 139º de la Constitución Política del Perú, y los numerales 1 y 2 del

²³ Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 10º.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias”.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

literal 1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444²⁴; así como incumplir lo previsto en el numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444.

43. Consecuente, debe declararse la nulidad Resolución Ministerial N° 1282-2011/DE/SG y la Resolución Ministerial N° 564-2012-DE/SG, a fin de que la Entidad cumpla con señalar al impugnante, de forma clara y precisa, los hechos por los cuales se le procesa, los cargos que se le imputan, detallándole las normas presuntamente transgredidas así como las faltas en las que habría incurrido; la evaluación de los descargos que formule; así como las normas que determinen se transgredieron y las faltas en las que incurrió que dan mérito a sancionarlo, a efecto de que pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa.
44. Finalmente, esta Sala estima que habiéndose constatado la vulneración del debido procedimiento administrativo, deviene en innecesario pronunciarse sobre los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación sometido a conocimiento.
45. Sin perjuicio de lo antes expuesto, es este cuerpo Colegiado considera que lo referido en el recurso de apelación del impugnante, con relación al accionar de la Entidad de ejecutar la sanción, impidiéndole registrar su asistencia no representa un argumento relevante para el análisis realizado sobre el presente caso; por lo que el Tribunal no emitirá pronunciamiento al respecto.

Sobre la medida cautelar solicitada por el impugnante

46. La emisión de medidas cautelares tiene como fundamento la necesidad de garantizar el derecho de “tutela judicial efectiva” y en la necesidad de evitar perjuicios graves, tanto para el Estado como para los ciudadanos, mientras no exista sentencia o decisión definitiva en el proceso o procedimiento²⁵.

²⁴ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

TÍTULO PRELIMINAR**“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.

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

²⁵ GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos A., *Medidas Cautelares contra la Administración: Fundamentos, Presupuestos*, en Revista de Derecho Público N° 57-58, 1994, pp. 40-41.



“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”

“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

47. La Ley N° 27444 establece en su artículo 146º la posibilidad de que dentro de un procedimiento administrativo a su cargo, la autoridad administrativa dicte medidas cautelares con la finalidad de asegurar el cumplimiento y eficacia de sus decisiones²⁶, facultad que posee el Tribunal conforme al artículo 17º del Reglamento, siempre y cuando el pedido cumpla con los requisitos y procedimientos establecidos en la Ley N° 27444²⁷.
48. Conforme al artículo 611º del Código Procesal Civil²⁸, aplicable supletoriamente, para que la medida cautelar pueda ser emitida no basta solamente el pedido de la parte interesada, sino que deben concurrir tres requisitos:
- a) La verosimilitud en el derecho (*fumus boni iuris*);
 - b) Peligro en la demora (*periculum in mora*); y,
 - c) La razonabilidad de la medida solicitada para garantizar la eficacia de la decisión.

En caso faltase alguno de estos requisitos no sería factible que la autoridad administrativa pudiera dictar una medida cautelar.

49. Respecto al primer requisito, el administrado debe haber acreditado la apariencia del derecho o interés, lo cual es diferente a la certeza de la pretensión que puede ser o no declarada en el procedimiento que emita la autoridad administrativa dentro del procedimiento.

²⁶ Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 146º.- Medidas cautelares

146.1 Iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir”.

²⁷ Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 135-2013-PCM

“Artículo 17º.- Plazos de interposición del recurso de apelación

(...)

Su interposición no suspende la ejecución de la decisión que se desea impugnar, salvo medida cautelar del Tribunal”.

²⁸ Código Procesal Civil

“Artículo 611º.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión”.



"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"


"Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático"

El segundo requisito está referido al posible daño grave o irreparable que se pudiera ocasionar, ante un supuesto retraso por parte de la administración en la emisión de la decisión, evitando que en caso ésta sea favorable no pueda ser cumplida.


Finalmente, en atención al tercer elemento, la medida cautelar que solicita el administrado debe guardar relación con su pretensión principal, es decir, debe existir una conexión lógico-jurídica entre el derecho o materia respecto a la cual se está solicitando tutela efectiva a la administración y la medida cautelar planteada.

50. En el presente caso, el impugnante ha solicitado se emita una medida cautelar de suspensión de los efectos del acto impugnado, mientras se resuelve su recurso de apelación.
51. Al respecto, considerando que la finalidad de las medidas cautelares es garantizar el cumplimiento de la decisión final emitida por la autoridad administrativa dentro de un procedimiento, y habiendo esta Sala emitido pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesto por el impugnante, corresponde declarar improcedente la medida cautelar solicitada.

En ejercicio de las facultades previstas en el artículo 17º del Decreto Legislativo Nº 1023, la Primera Sala del Tribunal de Servicio Civil;

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar la NULIDAD de la Resolución Ministerial Nº 1282-2011/DE/SG, del 2 de diciembre de 2011 y de la Resolución Ministerial Nº 564-2012-DE/SG, del 11 de mayo de 2012, emitidas por el MINISTRO DE DEFENSA, por vulneración del debido procedimiento, en el extremo referido al señor HECTOR GUILLERMO MILLAN CABANILLAS.



SEGUNDO.- Retrotraer el procedimiento al momento de la emisión de la Resolución Ministerial Nº 1282-2011/DE/SG, debiendo el MINISTERIO DE DEFENSA tener en consideración al momento de calificar la conducta del impugnante, así como al momento de resolver, los criterios señalados en la presente resolución.



TERCERO.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de medida cautelar formulada por el señor HECTOR GUILLERMO MILLAN CABANILLAS.

CUARTO.- Notificar la presente resolución al señor HECTOR GUILLERMO MILLAN CABANILLAS así como al MINISTERIO DE DEFENSA para su cumplimiento y fines pertinentes.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Tribunal del Servicio
Civil

“Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú”
“Año de la Promoción de la Industria Responsable y del Compromiso Climático”

QUINTO.- Devolver el expediente al MINISTERIO DE DEFENSA, debiendo la entidad considerar lo señalado en el artículo 11º de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

SEXTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.servir.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.



**RICARDO JAVIER
HERRERA VÁSQUEZ
VOCAL**



**LUIGINO PILOTTO
CARREÑO
PRESIDENTE**



**ANA ROSA CRISTINA
MARTINELLI MONTOYA
VOCAL**

L8/P2