

**EL PODER DISCIPLINARIO DEL ESTADO EMPLEADOR ¿ES VIABLE LA
CONCURRENCIA DE FALTAS POR INFRACCIONES LABORALES?.**
**APUNTES Y COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN N° 02864-2012-
SERVIR/TSC, DE LA PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL DE SERVICIO CIVIL**

**I. SÍNTESIS DE LA RESOLUCIÓN N° 02864-2012-SERVIR/TSC-
PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.**

1.1 EL CASO:

- a) La señora Bertha Ignacia Antúnez de Mayolo Arangoitia, en su calidad de ex Presidenta del Directorio de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huacho, fue objeto de una denuncia de una ex trabajadora. La denuncia radicaba en el hecho de OMITIR denunciar ante las instancias administrativas y judiciales el embarazo de una adolescente del albergue de mujeres a cargo de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huacho.
- b) La Comisión Especial Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios del entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, recomendó instaurar Proceso administrativo disciplinario, por lo que se emitió la Resolución Ministerial N1° 211-209-,IMDES de fecha 09.06.2009 que da inicio al proceso administrativo disciplinario, por la presunta contravención a los literales a) y g) del artículo 21° del Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y el artículo 11° de la Ley del Código de ética de la Función Pública – Ley N° 27815.
- c) La trabajadora, formuló sus descargos, sobre la base de tres argumentos: i) La Fiscalía estableció que no hubo violación, sino relaciones sexuales con el consentimiento de otro menor involucrado, ii) El asesor legal de la Beneficencia, estableció que la violación no estuvo acreditada, iii) Ya había operado el plazo de prescripción para el inicio del proceso disciplinario sancionador.
- d) Mediante Resolución Ministerial N° 528-2010-MIMDES de fecha 18.08.2010 se impuso a la señora Bertha Ignacia Antúnez de Mayolo Arangoitia, sanción de

DESTITUCIÓN, por haber transgredido los literales a) y g) del artículo 21° del Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público¹ y el artículo 11° de la Ley del Código de ética de la Función Pública – Ley N° 27815.² Contra dicho Acto Administrativo, se interpuso Recurso de Reconsideración, el mismo que fue declarado Infundado mediante Resolución Ministerial N° 714-2010-MIMDES de fecha 05.10.2010

- e) Al no encontrarse conforme con la resolución citada, la impugnante interpuso el 03 de noviembre de 2010 recurso de apelación contra ésta última; solicitando que se declare fundado su recurso impugnativo elevándose el expediente al Tribunal de Servicio Civil.

1.2 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL DE SERVICIO CIVIL PARA DECLARAR LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CUESTIONADOS.

Mediante Resolución N° 02864-2012-SERVIR/TSC- de fecha 17 de abril de 2012, expedida en el Expediente N° 5541-2010-SERVIR/TSC, la Primera Sala del Tribunal de Servicio Civil, declaró la NULIDAD de la Resolución Ministerial N° 211-2009-MIMDES de fecha 09.06.2009, de la Resolución Ministerial N° 528-2010-MIMDES de fecha 18.08.2010 y de la Resolución Ministerial N° 714-2010-MIMDES de fecha 05.10.2010, por vulneración al debido procedimiento administrativo. Respalda su decisión en los siguientes argumentos:

1 Decreto Legislativo N° 276 “Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público”.
Artículo 21.- Son obligaciones de los servidores:

a) Cumplir personal y diligentemente los deberes que impone el servicio público;

...

g) Informar a la superioridad de los actos delictivos o de inmoralidad cometidos en el ejercicio de la función pública.

2 LEY N° 27815 “Ley del Código de Ética de la Función Pública”

"Artículo 11.- Obligación de comunicar o denunciar los actos contrarios al Código

Todo empleado público, bajo responsabilidad, tiene el deber de comunicar, así como la persona natural o jurídica tiene el derecho de denunciar, los actos contrarios a lo normado en el presente Código, ante la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios de la entidad afectada o al órgano que haga sus veces."

- a) Establece que la trabajadora al momento de producirse los hechos pertenecía al régimen de la carrera administrativa regulada por el Decreto Legislativo 276, por lo que dicha norma, como su Reglamento, le son aplicables, además del R.O.F. de la Institución, así como cualquier otra disposición en la cual se establezca funciones y obligaciones.
- b) El Decreto Legislativo 276 y la Ley 27815 “Código de Ética de la Función Pública”, establecen sanciones a determinados actos de los servidores del Estado, dichas normas responden a ámbitos distintos de aplicación, recogen diferentes supuestos, son de naturaleza distinta, establecen sanciones diferenciadas y responden a situaciones jurídicas completamente distintas.
- c) En un procedimiento administrativo disciplinario no puede haber concurrencia de imputación por infracciones a normas laborales, como al Decreto Legislativo 276 y su Reglamento y al Código de ética de la Función Pública, por tener procedimientos establecidos en dichas normas supuestos diferentes, como el plazo de prescripción y el tipo de sanción.
- d) Se vulnera el derecho de Defensa del administrado, y por ende el debido procedimiento administrativo, al estar éste en estado de incertidumbre respecto al tipo de gravedad de infracción administrativa que la administración le imputa, así como el tipo de sanción que pudiera imponérsele. En consecuencia, se establece que la autoridad correspondiente a fin de garantizar el derecho de Defensa de la demandante, debe optar por la aplicación de las disposiciones sobre el procedimiento administrativo disciplinario contenidas en el Decreto Legislativo 276, o las disposiciones referidas a la transgresión de las normas éticas contenidas en la Ley N° 27815, según la naturaleza de la falta cometida por la impugnante.

II. CONSIDERACIÓN INICIAL

Navegando en el portal de SERVIR, me encontré con la Resolución materia de comentario, llamando mi atención, la forma en que se había dado solución a la controversia planteada, es decir, se estaba declarando la Nulidad de Actos Administrativos, sobre la base de vulneración del Derecho de Defensa, afectación que

se habría generado por la aplicación concurrente de dos cuerpos normativos, que establecen faltas pasibles de sanción, con diferencias en plazos y situaciones de distinta naturaleza (a decir del Tribunal), lo cual, situaría en un estado de incertidumbre al trabajador sometido a proceso administrativo disciplinario. Sin embargo, pude advertir que la solución a la presente controversia administrativa, se había presentado en más de una oportunidad,³ lo que nos motivó en efectuar el presente análisis, partiendo por conceptualizar el Derecho de Defensa a partir de su regulación constitucional, su contenido esencial y sus alcances dentro del derecho administrativo sancionador. La capacidad del Estado empleador, para ejercer su potestad disciplinaria, para finalmente cuestionar la decisión de la Primera Sala del tribunal de Servicio Civil, no solo por establecer la existencia de vulneraciones al derecho de defensa, sino además, por contravenir el principio de concurrencia de infracciones, previsto en la Ley 27444, así como el apartamiento de resoluciones del Tribunal Constitucional que justifican la concurrencia de infracciones normativas en el procedimiento administrativo sancionador.

III. EL DERECHO DE DEFENSA EN LA CONSTITUCIÓN, SU CONTENIDO ESENCIAL Y REGULACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

La Constitución no contiene una definición o conceptualización del derecho de defensa, ni las características del mismo, así tampoco lo hace con los otros derechos y principios incorporados en el artículo 139° de la Constitución, intitulado “Principios de la Administración de Justicia”; sin embargo, no existe discrepancia en establecer que el derecho de defensa se erige como una de las garantías constitucionales de capital importancia que integra el debido proceso en el ámbito de un proceso judicial, administrativo y, también en el seno de las relaciones entre privados.

³ Así podemos citar las siguientes Resoluciones: Resolución N° 02864-2012-SERVIR/TSC (Impugnante Velásquez Sánchez), Resolución N° 0368-2012-SERVIR/TSC (Impugnante Cusi Tapara), Resolución N° 11332-2012-SERVIR/TSC (Impugnante Salazar Isla), Resolución N° 11201-2012-SERVIR/TSC (Impugnante Llacsá Zacarías) entre otros.

A lo largo de los años, nuestro Tribunal Constitucional ha emitido una serie de pronunciamientos que han venido desarrollando conceptualizando, definiendo y delimitando el contenido esencial del derecho de defensa, a partir de la disposición constitucional que prescribe “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad”.

A partir de esta doctrina jurisprudencial, podemos decir que este derecho puede ser catalogado como un principio de interdicción frente a actos de indefensión, y asimismo, un principio que garantiza dar respuesta oportuna a las aseveraciones de su contraparte y llegado el momento, tener capacidad para cuestionar las decisiones emitidas que pudieran repercutir en sus intereses, de ser el caso. En suma, garantiza velar por los intereses que pueden verse perjudicados en la condición jurídica de alguna de las partes en el proceso o inclusive de un tercero con interés. Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 0649-2002-AA/TC (Caso CALCOSTA S.A.), estableció 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”. Complementando lo anterior, respecto al contenido esencial de este derecho, el supremo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el Expediente N° 06648-2006-HC/TC (Caso Guerrero Orbegozo), ha señalado que “El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos”.

En el ámbito del derecho del Trabajo, establecer el despido de un trabajador de la actividad privada o destituir a un Funcionario Público, es en buena cuenta la materialización de un poder otorgado por la Ley, que puede arribar a generar cierta

repercusión social, dada la trascendencia del derecho constitucional en juego, pues la Constitución dispone en su artículo 22° que el trabajo es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Por ello, resulta relevante y plenamente justificada la intervención del Estado, propiamente a través de su Poder Legislativo, con la dación la normatividad respectiva que establezca los parámetros y procedimientos que deben encauzar el ejercicio de este poder del empleador, para evitar injusticias, lo cual se torna más sensible, cuando el empleador es el propio Estado.

En ese sentido, para hacer frente a la existencia de actos de arbitrariedad en el despido, la ley ha contemplado el derecho de defensa del trabajador en el seno de un procedimiento administrativo sancionador conforme pasamos a detallar.

IV. EL ESTADO EMPLEADOR Y EL EJERCICIO DE SU POTESTAD DISCIPLINARIA.

No cabe duda, que hoy en día el Estado se sitúa en calidad de empleador frente a sus servidores públicos, desterrando la idea que toda relación entre el Estado y el personal a su servicio debe ser concebida exclusivamente dentro del Derecho Administrativo. Una situación que ha hecho evidente la calidad de empleador del Estado, se ha dado a partir del empleo del régimen laboral privado para sus instituciones públicas que no están comprendidas dentro de la actividad empresarial del Estado.

Sin embargo, el Estado empleador, para ejercer esta potestad sancionadora, debe tener en cuenta que el ejercicio debe sujetarse a ciertos límites y parámetros.⁴ Por ello, la Administración Pública cuando actúa investido de potestades de empleador, no puede actuar en forma irrestricta o arbitraria, por el contrario, debe actuar con cabal respeto a los intereses y derechos de los particulares.

⁴ El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el (Expediente N° 1105-2002-AA, ha establecido que “(...) cuando un órgano administrativo se encuentra autorizado por la ley para ejercer potestades sancionadoras, es absolutamente indispensable que en tal ejercicio de la atribución conferida se tengan que respetar necesariamente los derechos fundamentales de la persona, de tal modo que, en caso de que no se garantice su pleno ejercicio o simplemente se opte por desconocerlos, ello en sí mismo supone que las atribuciones ejercidas tengan que entenderse como viciadas de arbitrariedad (...)”.

La razón de ser del “Derecho administrativo sancionador”, se constituye en el traslado de los principios del Derecho Penal a otras áreas del Derecho en los que se manifieste el poder punitivo del Estado. Este traslado tiene su base en el hecho que la potestad sancionadora de la Administración Pública, al igual que la potestad sancionadora en materia penal, es una expresión de la potestad punitiva única del Estado.

Por ello, como bien ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC (Caso Proceso de Inconstitucionalidad contra la Ley 29791) “el reconocimiento de la Constitución como norma jurídica vinculante y directamente aplicable constituye la premisa básica para que se erija como fuente de Derecho y como fuente de fuentes”, por ello, sobre la base de esta premisa, la potestad sancionadora del Estado empleador se encuentra sometida de manera directa a la Constitución, los principios constitucionales y el respeto de los derechos fundamentales.

Ya en el campo del derecho administrativo, la Ley N° 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General”, desarrolla el procedimiento administrativo sancionador en el Capítulo II del Título IV, De los Procedimientos Especiales, estableciendo en su artículo 230⁵ los

⁵ **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.

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

b) El perjuicio económico causado;

c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;

d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;

e) El beneficio ilegalmente obtenido; y

f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

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.

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

6. Concurso de infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

siguientes principios de la potestad sancionadora administrativa: legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, concurso de infracciones, continuación de infracciones, casualidad, presunción de licitud y non bis in ídem.

Dichos principios tienen como finalidad limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado, en salvaguarda de los administrados toda vez que su esfera de derechos y obligaciones podría verse directamente afectada en caso de que se les atribuya responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa y en consecuencia sean objeto de una sanción.

En la doctrina, Zegarra Guzmán⁶ comentando el citado artículo ha señalado que "... el presente artículo ratifica todos los principios de la LPAG consignados en el Título Preliminar, agregándole un conjunto de disposiciones orientadas a perfeccionar o regular de la manera más adecuada y prudente la potestad sancionadora de las Entidades".

Lo expuesto es plenamente aplicable a los procedimientos administrativos que el Estado en calidad de empleador pueda iniciar a sus trabajadores, independientemente del régimen laboral al que estén sujetos, e inclusive independiente a la clasificación prevista en el artículo 4⁷ de la Ley 28175 "Ley Marco del Empleo Público". En estos procedimientos, al manifestarse el poder punitivo del Estado, resulta exigible al Estado, brinde a sus dependientes todas las garantías que correspondan para que el ejercicio de este poder no se extralimite durante el procedimiento mismo o en su resultado al imponer una sanción administrativa.

a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.

b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.

c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5."

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

10. Non bis in ídem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7."

⁶ ZEGARRA GUZMÁN, Oscar. "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General". Análisis de la Ley N° 27444. Praxis. Lima. 2003. Pág. 237.

⁷ Artículo 4.- Clasificación

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. Funcionario público. El Funcionario Público puede ser: a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria. b) De nombramiento y remoción regulados. c) De libre nombramiento y remoción.

2. Empleado de confianza.-

3. Servidor público.- Se clasifica en: a) Directivo superior. b) Ejecutivo. c) Especialista. d) De apoyo.

En la medida que la decisión del Estado empleador, se va a materializar en un Acto Administrativo, la citada Ley, establece en su artículo 10° como causales de Nulidad del Acto Administrativo, las siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
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.
3. Los actos expesos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

Si bien es cierto, compartimos lo señalado por el profesor universitario MORÓN URBINA,⁸ respecto a que la potestad sancionadora constituye una competencia de gestión necesaria complementaria a la potestad de mando y corrección para el adecuado cumplimiento del orden administrativo establecido en procura del interés público; a partir de lo previsto en el numeral uno del artículo 10° de la Ley 27444, podemos colegir que en un Estado de Derecho, la administración tiene que velar por el cumplimiento de sus normas y su potestad sancionadora se enmarca necesariamente en una serie de lineamientos generales que delimitan su ejercicio con la finalidad de que este ejercicio de potestades sancionadoras, no sea empleado de modo arbitrario.

V. LA RESOLUCIÓN N° 02864-2012-SERVIR/TSC- PRIMERA SALA DEL TRIBUNAL NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CONTRAVIENE EL PRINCIPIO DE CONCURRENCIA DE INFRACCIONES.

A nuestro entender, el Tribunal de Servicio Civil, al declarar Nulas, las Resoluciones expedidas por el entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, ha contravenido la Ley 27444, al desconocerse la aplicación del Principio de Concurso de Infracciones. Como bien señala la norma, por la aplicación de este principio, el Estado ante la eventualidad de que una conducta califique como más de una infracción, solo aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, ello, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que

⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la ley peruana”. En: *Advocatus* N° 13. Lima, 2005.

establezcan las leyes respectivas. En suma, la norma matriz, permite a través de este principio que en un procedimiento administrativo sancionador puedan existir conductas que se enmarquen dentro de varias infracciones, las cuales, por imperio del principio de legalidad, deberán estar previstas en Leyes.

Los argumentos medulares, para justificar la Nulidad de los actos administrativos cuestionados, radica en:

- **El Decreto Legislativo 276 y la Ley 27815 “Código de Ética de la Función Pública”, responden a ámbitos distintos de aplicación, recogen diferentes supuestos, son de naturaleza distinta, establecen sanciones diferenciadas y responden a situaciones jurídicas completamente distintas.**

De conformidad con el numeral 4.1 de la Ley 27815, se considera como 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. Por su parte, el Decreto Legislativo 276, establece en su artículo 1° que la Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública. De lo anterior, discrepamos del Tribunal de Servicio Civil, cuando señala que ambas normas responden a ámbitos de distinta aplicación, nuestra discrepancia se acentúa cuando se establece que tales normas sean de naturaleza distinta.

Olvida el Tribunal, que en el presente caso, el Decreto Legislativo 276, así como su Reglamento están siendo invocados y aplicados, no para dilucidar una reclamación referida a remuneraciones, bonificaciones, acceso y permanencia a la función pública, sino propiamente al procedimiento administrativo sancionador; por su parte el Código de Ética de la Función Pública, establece la posibilidad de aplicar sanciones a los servidores que contravengan los principios de la función pública. Por ello, nos mostramos en total desacuerdo, cuando se señala que las sanciones de ambas normas

responden a situaciones jurídicas completamente distintas. Nosotros consideramos, contrario sensu, que el Código de Ética de la Función Pública, es complementario al Decreto Legislativo 276 y su Reglamento, en lo que respecta al procedimiento administrativo sancionador; asimismo, es compatible al Decreto Legislativo 728, cuando éste sea el régimen laboral aplicable en una entidad estatal y en la misma medida al Decreto Legislativo 1057, independientemente de los reiterados cuestionamientos a la constitucionalidad de éste último. Asimismo, consideramos que es la Ley 27444, la norma que delimita la estructura del procedimiento administrativo sancionador, y es esta última, la que a través del principio de Concurso de Infracciones, permite válidamente que una conducta pueda enmarcarse en varios supuestos normativos que sean calificados como infracciones, estableciendo como parámetro que sea la sanción mayor la que se imponga.

- **En un procedimiento administrativo disciplinario no puede haber concurrencia de imputación por infracciones a normas laborales, como al Decreto Legislativo 276 y su Reglamento y al Código de ética de la Función Pública, por tener procedimientos establecidos en dichas normas supuestos diferentes, como el plazo de prescripción y el tipo de sanción.**

A nuestro entender, el Tribunal de Servicio Civil confunde la posibilidad de que exista un concurso de infracciones, con la posibilidad que una misma falta sea sancionada en más de una oportunidad, sobre la base de aplicar distintas normas, lo cual es inviable por aplicación inmediata del Principio non bis in idem, también previsto en la Ley 27444, y sobre el cual, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 3954-2006-PA/TC (Caso Silva Vallejo) enfáticamente ha señalado que el mismo “cuenta con una doble dimensión: en su vertiente material garantiza el derecho a no ser sancionado dos o más veces por la infracción de un mismo bien jurídico; mientras que en su vertiente procesal, garantiza el derecho a no ser sometido a juzgamiento dos o más veces por un mismo hecho... En efecto, la dimensión material de este principio “impide que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; mientras

que en su dimensión procesal se ha establecido que tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad”.

El hecho que exista procedimientos distintos, y los plazos de prescripción o caducidad que puedan existir en las normas, así como la diferencia en las sanciones a imponer, no constituye en modo alguno, razón suficiente para establecer o prohibir la concurrencia de infracciones. Aceptar esta tesis, supondría avalar la idea que todos los procedimientos administrativos sancionadores deben prever el mismo plazo de caducidad o prescripción, lo cual no necesariamente es razonable ya que dependerá del tipo de infracción que se pretenda sancionar; sin embargo, independientemente de ello, el que un plazo prescriptorio sea menor o mayor al previsto en otra norma complementaria, no justifica que no puedan ser atribuibles. Bajo tal razonamiento, llegaríamos a establecer que en el ámbito penal, solo podrían tramitarse procesos penales cuyo plazo de prescripción y la pena a imponer sean los mismos.

El Tribunal Constitucional, tácitamente, ha establecido la viabilidad de la concurrencia de infracciones contenidas en diversos cuerpos normativos. Así por ejemplo, en el caso de un Juez Supremo que fue destituido por infringir el principio de Cosa Juzgada al declarar Nula la sentencia que había expedido el Colegiado Supremo, sometió a control constitucional una Resolución del Consejo Nacional de la Magistratura, donde las infracciones imputadas estaban contenidas en: **i)** La Ley Orgánica del Poder Judicial, **ii)** El Código de Ética de la Función Pública, **iii)** La Ley Orgánica del CNM, y **iv)** El Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento del Decreto Legislativo N° 276; de esta manera, en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC (Caso Walde Jáuregui), respecto a la invocación concurrente de las cuatro normas señaladas, el supremo intérprete de la Constitución, estableció enfáticamente que *“se advierte que el hecho que se pretende sancionar está claramente determinado y que existe la previsión legal para que se sancionen las conductas que generen irregularidades, que transgredan los principios y deberes, que cometan un hecho grave que sin ser delito o infracción constitucional compromete la dignidad del cargo y la desmerezca en el concepto público, o que contravengan obligaciones, prohibiciones y demás normatividad que regule deberes de los servidores o funcionarios públicos”*.

De lo expuesto, consideramos plenamente válido que en un procedimiento administrativo sancionador, se puedan imputar acumulativamente faltas previstas tanto en el Decreto Legislativo 276, así como en el Código de ética y Función Pública, por ser plenamente compatibles entre sí, en lo que respecta a las faltas que puedan incurrir los servidores estatales, las cuales se van a establecer y sancionar de ser el caso, dentro de un procedimiento administrativo sancionador, en el cual, el trabajador, tenga garantizado su derecho de defensa, propiamente, desde el inicio del mismo, tenga cabal conocimiento de las faltas que se le está atribuyendo.

- **Se vulnera el derecho de Defensa del administrado, y por ende el debido procedimiento administrativo, al estar éste en estado de incertidumbre respecto al tipo de gravedad de infracción administrativa que la administración le imputa, así como el tipo de sanción que pudiera imponérsele.**

En este aspecto, volvemos a discrepar de lo señalado por el Tribunal de Servicio Civil, pues conforme se advierte de su Resolución, desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador, la impugnante tuvo conocimiento que las faltas imputadas era la presunta contravención a los literales a) y g) del artículo 21° del Decreto Legislativo N° 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y el artículo 11° de la Ley del Código de ética de la Función Pública – Ley N° 27815. Asimismo, la Resolución Ministerial objeto de apelación ante el Tribunal de Servicio Civil, resolvió DESTITUIR a la servidora, por la comisión de tales infracciones. Del mérito de la Resolución del Tribunal de Servicio Civil, se advierte que la impugnante tuvo la oportunidad de cuestionar las Resoluciones Ministeriales que a nuestro entender han sido indebidamente sancionadas con Nulidad.

El hecho de que exista incertidumbre del tipo de sanción que pudiera corresponder, únicamente podría generarse ante la existencia de un vacío legal que no establezca las sanciones a imponer, o que permita que éstas, sean del libre albedrío de la autoridad, lo cual evidentemente no se presenta en el caso analizado. Asimismo, la incertidumbre que

exista en no saber cual es la sanción que se pueda imponer a un trabajador, no guarda relación alguna con el derecho de Defensa, pues, la norma es clara en establecer que de existir un concurso de infracciones sólo se impondrá la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad. Más aún en el ámbito penal, aún cuando las penas están delimitadas en el Código Penal, es el Juez quien tiene la potestad de imponer el alcance de la misma en mérito a la existencia de determinados factores, como por ejemplo la confesión sincera, lo cual, genera en el procesado, una incertidumbre en la pena a imponérsele, la misma que únicamente quedará despejada al momento de dictarse sentencia y la misma quede consentida o ejecutoriada, pero en modo alguno, tal incertidumbre puede ser catalogada como una vulneración al derecho de defensa.

VI. REFLEXIÓN FINAL

A la luz de lo expuesto, consideramos que se ha incurrido en error al declararse la nulidad de los actos administrativos expedidos por el entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, siendo lo correcto emitir pronunciamiento respecto del fondo del asunto, lo cual, entendemos se debió establecer a la luz del principio de tipicidad y propiamente a raíz del sub principio de taxatividad.

Al este respecto, conviene recordar lo señalado en la sentencia recaída el Expediente 2192-2004-AA/TC (Caso Costa Gómez y otro), donde reiterando el criterio sentado en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC (Caso Ramos Colque), donde se ha señalado, respecto al principio de legalidad y al subprincipio de taxatividad en el derecho administrativo sancionador que “ el primero, está garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2º de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta Añadiendo, respecto al subprincipio de taxatividad que éste “constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto a los límites que se imponen 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 a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”.

Consideramos que en relación al principio de tipicidad, inicialmente se debió analizar, si la conducta de la ex trabajadora, consistente en OMITIR denunciar ante las instancias administrativas y judiciales el embarazo de una adolescente del albergue de mujeres a cargo de la Sociedad de Beneficencia Pública de Huacho, se enmarca dentro de los dispositivos invocados por la Autoridad para establecer su destitución, máxime si tenemos en cuenta que la autoridad fiscal, estableció que no existió una violación, es decir no habría existido un acto delictivo, y cuando se habla de un acto de inmoralidad, el mismo se cataloga como falta, cuando se suscite en el ejercicio de la función pública, cabiendo establecer si es inmoral no informar que una menor estaba en estado de embarazo y si esto, es o no, cumplir con diligencia debida los deberes que impone el servicio público. Asimismo, se debe tener presente que el Código de ética de la Función Pública, señala en su artículo 11° que la responsabilidad del servidor público, radica en no informar los actos contrarios a lo normado en dicho Código.

En relación al sub principio de taxatividad, opinamos que correspondía establecer si lo previsto en el literal a) y g) del artículo 21° del Decreto Legislativo N° 276, así como lo previsto en el artículo 11° de la Ley del Código de ética de la Función Pública – Ley N° 27815, cumplen a cabalidad con dicho principio, o por el contrario, constituyen cláusulas de remisión que requieren, por parte del ente empleador, ser desarrollados en un reglamento normativo que delimite el ámbito de aplicación debido al grado de indeterminación, caso contrario, estaríamos ante la imposición de una sanción en base a dicha disposición genérica, lo cual es manifiestamente inconstitucional, al contravenir el principio consagrado en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución.