



VISTOS; el Informe N° 000072-2020-ST/MC del Secretario Técnico de Procedimientos Administrativos Disciplinarios del Ministerio de Cultura; el Informe N° 000004-2020-DDC ARE/MC de la Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa; el Informe N° 000577-2020-OGAJ/MC de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, con la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC notificada el 5 de junio de 2019, la Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa, en su calidad de órgano instructor del procedimiento administrativo disciplinario, comunica al señor Marko Alfredo López Hurtado el inicio del procedimiento administrativo disciplinario en su contra; señalando que, de la revisión y evaluación de los hechos informados por el órgano de control, a través del Informe de Auditoría N° 007-2018-2-5765, se considera que existen indicios de responsabilidad en su condición de Encargado de la Sub Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa, por no haber tramitado, ni impulsado las investigaciones preliminares en los casos de afectación al Patrimonio Cultural Arqueológico e Histórico bajo el ámbito de competencia de la Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa, ocasionando que, durante su gestión, no se haya agotado las investigaciones preliminares sobre la acreditación de la infracción y el responsable de la misma, a fin de que se dé inicio al procedimiento administrativo sancionador correspondiente; por lo cual, se imputa como falta presuntamente cometida, la transgresión del deber de responsabilidad previsto en el numeral 6 del artículo 7 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, y del deber de responsabilidad establecido en el artículo 6 del Código de Ética de la Función Pública del Ministerio de Cultura, aprobado mediante la Resolución Ministerial N° 240-2013-MC;

Que, mediante el Informe N° 000072-2020-ST/MC el Secretario Técnico de Procedimientos Administrativos Disciplinarios del Ministerio de Cultura recomienda al Director de la Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa solicitar la nulidad del inicio del procedimiento administrativo disciplinario contenido en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, sustentado en lo siguiente:

- i. Respecto a la infracción de los principios, deberes y prohibiciones de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, es preciso señalar que la Autoridad Nacional del Servicio Civil, a través del numeral 2 del artículo 1 de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 174-2016-SERVIR-PE, establece que, *“A partir de la entrada en vigencia del régimen disciplinario de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, las sanciones y el procedimiento del régimen disciplinario de la Ley N° 30057 son aplicables a las faltas e infracciones contempladas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, y en otras leyes, según el artículo 85 inciso q) de la Ley del Servicio*



Civil y el inciso j) del artículo 98.2 del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM”.

En consecuencia, se advierte que, desde el 14 de octubre de 2016, la trasgresión de principios, deberes y prohibiciones de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, debían tipificarse como la falta prevista en el inciso q) del artículo 85 de la Ley N° 30057.

En el acto de inicio del procedimiento administrativo disciplinario seguido contra el señor Marko Alfredo López Hurtado, se advierte que la trasgresión a la Ley del Código de Ética de la Función Pública, no se tipificó como la presunta comisión de la falta establecida en el literal q) del artículo 85 de la Ley N° 30057; lo que evidencia el incumplimiento de la opinión vinculante formalizada mediante la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 174-2016-SERVIR-PE.

- ii. Respecto a la imputación de comisión de falta por trasgresión del artículo 6 del Código de Ética de la Función Pública del Ministerio de Cultura, no cumple con el principio de tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), puesto que el Código de Ética de la Función Pública del Ministerio de Cultura, aprobado por la Resolución Ministerial N° 240-2013-MC, es una norma con rango inferior a la ley; por lo que, en virtud del citado principio de tipicidad, las faltas que prevé, no constituyen faltas de carácter disciplinario.

En consecuencia, se advierte que la imputación de comisión de faltas previstas en el Código de Ética de la Función Pública del Ministerio de Cultura, en el acto de inicio del procedimiento administrativo disciplinario, constituye la trasgresión del principio de tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Que, con el Informe N° 000004-2020-DDC ARE/MC, la Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa, en su calidad de órgano instructor del Procedimiento Administrativo Disciplinario, emite opinión favorable respecto a la recomendación efectuada en el Informe N° 000072-2020-ST/MC y solicita declarar la nulidad del acto de inicio del procedimiento administrativo disciplinario contenido en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, por incurrir en las causales de nulidad previstas en el artículo 10 del TUO de la LPAG;

Que, de acuerdo al numeral 213.2 del artículo 213 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, mediante la Carta N° 000040-2020-SG/MC, notificada con fecha 2 de octubre de 2020 según el Acta de Notificación N° 5956, se otorgó al señor Marko Alfredo López Hurtado, un plazo no menor de cinco días para ejercer su derecho de defensa;



Que, respecto a su afirmación, según la cual la etapa para declarar la nulidad de oficio precluyó, se debe indicar que el numeral 213.3 del artículo 213 del TUO de la LPAG señala que, la facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe en el plazo de dos años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos; por lo que, tomando en cuenta que la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC ha sido notificada el 5 de junio de 2019, la entidad se encuentra dentro del plazo previsto en la norma para declarar la nulidad;

Que, Morón Urbina, en la página 537 de su libro Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, sobre el concepto de nulidad de oficio, señala que es *“(El) poder jurídico por el cual la administración puede eliminar sus actos viciados en su propia vía y aun invocando como causales su propia deficiencia. (...). El fundamento de esta potestad no se encuentra en la mera potestad exorbitante del poder administrador (...), sino en la necesidad que tiene la autoridad administrativa de dar satisfacción al interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad o del orden jurídico. (...) Si como se sabe la Administración está sujeta al principio de legalidad, y ello constituye antecedente necesario para cualquier interés público de su actuación, no se podría entender cómo un acto reconocidamente inválido, no podrá nunca satisfacer el interés que anima a la administración. Por ello, que la posibilidad de la anulación de oficio implica en verdad, una vía para la restitución de la legalidad afectada por un acto administrativo”;*

Que, el numeral 211.1 del artículo 211 del TUO de la LPAG, establece que, en cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público o lesionen derechos fundamentales; asimismo, el numeral 211.3 del mismo articulado señala que la facultad para su declaración prescribe en el plazo de dos años, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos;

Que, en ese contexto, se advierte que las condiciones que el TUO de la LPAG exige para que un acto administrativo pueda ser objeto de una nulidad de oficio son (i) que, el acto haya sido emitido, aun cuando sea firme; (ii) que, su subsistencia agrave el interés público o lesione derechos fundamentales; y, (iii) que, el acto administrativo sea contrario a derecho, por lo que debe encontrarse en alguna de las causales del artículo 10 del TUO de la LPAG;

Que, respecto a la primera condición, se evidencia su cumplimiento al encontrarse vigente el acto administrativo contenido en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, notificada el 5 de junio de 2019, y que determina el inicio del procedimiento administrativo disciplinario contra el señor Marko Alfredo López Hurtado. Al respecto, la Autoridad Nacional del Servicio Civil, mediante el fundamento jurídico N° 13 de la Resolución de Sala Plena N° 002-2019-SERVIR/TSC, establece como precedente administrativo sobre la nulidad de oficio de actos administrativos emitidos dentro de un procedimiento administrativo disciplinario, en el marco de la Ley N° 30557, Ley del Servicio Civil, que *“ Por lo tanto, es posible concluir que el acto o resolución de inicio de un procedimiento administrativo disciplinario no es un acto de administración interna, sino un acto administrativo de trámite; en razón de lo cual, se encuentra sujeto a las formalidades que prevea la ley tanto para su emisión como para su revisión de oficio por parte de la administración.”;*



Que, sobre la segunda condición, es necesario analizar si se ha lesionado un derecho fundamental o si se agravia el interés público;

Que, con relación a la lesión de un derecho fundamental, la nulidad se sustentaría en alegar que el acto contenido en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC: i) señaló que se había vulnerado el numeral 6 del artículo 7 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, siendo que debió consignar que se había incurrido en la falta establecida en el literal q) del artículo 85 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, y ii) se habría sustentado en el artículo 6 del Código de Ética de la Función Pública del Ministerio de Cultura, aprobado por la Resolución Ministerial N° 240-2013-MC, siendo que ello implicaría que el inicio del procedimiento administrativo disciplinario tendría su justificación en una norma con rango inferior a la ley y ello vulneraría el principio de tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG;

Que, al respecto, se considera que:

- i. Sobre la norma que debió sustentarse en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, esto es, el numeral 6 del artículo 7 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública o el literal q) del artículo 85 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, es importante señalar que, mediante el artículo 2 de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 174-2016-SERVIR-PE, de fecha 7 de octubre de 2016, publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 13 de octubre de 2016, se formaliza la opinión vinculante del Consejo Directivo en la Sesión N° 29-2016, relacionada a la aplicación de la Ley del Código de Ética de la Función Pública y su Reglamento, estableciendo que *"A partir de la entrada en vigencia del régimen disciplinario de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, las sanciones y el procedimiento del régimen disciplinario de la Ley N° 30057 son aplicables a las faltas e infracciones contempladas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, y en otras leyes, según el artículo 85 inciso q) de la Ley del Servicio Civil y el inciso j) del artículo 98.2 del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM". En tal sentido, el inicio del procedimiento administrativo contra el señor Marko Alfredo López Hurtado debió sustentarse en la vulneración del literal q) del artículo 85 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. Por ello, la falta imputada se sustentó en una norma que no era aplicable, por tanto, se vulneraron: el principio del debido procedimiento, el derecho de defensa, el derecho a la debida motivación y el principio de legalidad. En tal sentido, el inicio del procedimiento administrativo contra el señor Marko Alfredo López Hurtado debió sustentarse en la vulneración del literal q) del artículo 85 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil. Por ello, la falta imputada se sustentó en una norma que no era aplicable, por tanto, se vulneraron el principio del debido procedimiento, el derecho de defensa, el derecho a la debida motivación y el principio de legalidad.*



i.1 Al respecto, mediante el Informe Técnico N° 735-2019-SERVIR/GPGSC, se señala que, si durante el trámite de los procedimientos administrativos disciplinarios, se incurre en algún vicio que implique la infracción de alguno de los elementos que conforman el principio al debido procedimiento (como la tipificación de la falta disciplinaria u otros), corresponderá a las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario proceder de acuerdo con lo previsto en los artículos 10 al 13 del TUO de la LPAG, independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento administrativo disciplinario.

Cabe señalar que, el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, establece que es un principio y derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso; no obstante, que si bien el mismo se encuentra comprendido como un derecho o principio del ámbito jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 2 de la Sentencia del Expediente N° 04644-2012-PA/TC, señala que *“Dicha disposición constitucional es aplicable a todo proceso en general, por lo que constituye también un principio y un derecho del proceso administrativo”*. Por su parte, el numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la LPAG, establece que el procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente, entre otros, en el principio del debido procedimiento, por el cual los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

i.2 Asimismo, el numeral 14 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú dispone que nadie puede ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso, y el Tribunal Constitucional, en el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 8605-2005-AA/TC, señala que el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último; y asimismo, el fundamento 14 de la Sentencia del Expediente N° 02098-2010-PA/TC del Tribunal Constitucional señala que: *“En el sentido expuesto 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 supuestamente cometida y la sanción a imponerse, todo ello con el propósito de garantizar el derecho constitucional de defensa”*.

i.3 Adicionalmente, al consignar como parte de la motivación de la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, una normativa que no era aplicable, se ha vulnerado el derecho a la motivación. Al respecto, lo señalado se sustenta en el criterio esbozado por el Tribunal Constitucional respecto de la vulneración a la debida motivación, cuando señala *“Entre otros aspectos, el contenido*



constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la debida motivación puede enfocarse, de un lado, desde una perspectiva interna, que implica el análisis de la corrección lógica y la coherencia narrativa del razonamiento que permite concatenar las premisas normativa y fáctica y la respectiva decisión o fallo; y, de otro, desde una perspectiva externa, que implica evaluar la corrección constitucional de las interpretaciones y argumentos que permiten sostener las premisas normativa y fáctica (cfr. Sentencia 0728-2008-PHC, fundamento 7 b. y c).”

- i.4 En atención a lo señalado, se ha vulnerado el principio de legalidad, consignado en el numeral 1.2 del artículo IV del TUO de la LPAG, que dispone que *“Las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo a los fines para los que les fueron conferidas”*.
- ii. Respecto de que en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, se justifica el inicio del procedimiento administrativo contra al señor Marko Alfredo López Hurtado en base al artículo 6 del Código de Ética de la Función Pública del Ministerio de Cultura, aprobado por la Resolución Ministerial N° 240-2013-MC, y que, ello vulneraría el principio de tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG; se señala que, en efecto, de acuerdo al numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, la potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente, entre otras, por el principio de tipicidad por el cual solo 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 o decreto legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. Por lo expuesto, se considera que se ha vulnerado el principio de tipicidad.

Que, respecto del agravio al interés público, debemos tener presente que el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0090-2004-AA/TC, señaló que: *“(…) el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo”*;

Que, en el presente caso, en la línea de lo señalado en el párrafo precedente, dado que el interés público es el estricto respeto al ordenamiento constitucional y la garantía de los derechos que debe procurar la administración pública, y que, en el presente caso se ha vulnerado el principio del debido procedimiento, el derecho de defensa, la debida motivación, el principio de legalidad y el principio de tipicidad; se concluye que se ha visto afectado el interés público;



Que, con relación a la tercera condición, que exige que el acto se encuentre viciado con alguna de las causales establecidas en el artículo 10 del TUO de la LPAG, se considera que el acto administrativo contenido en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC cumple dicho supuesto, en tanto ha sido emitida contraviniendo lo previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 3 del TUO de la LPAG, por cuanto la imputación de la transgresión del deber de responsabilidad previsto en el numeral 6 del artículo 7 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, debió ser motivada como falta según el inciso q) del artículo 85 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, y con ello se vulneró el principio del debido procedimiento, el derecho de defensa, el derecho a una motivación debida y al principio de legalidad; y asimismo, al señalar que la presunta falta cometida se encuentra contemplada en el artículo 6 del Código de Ética de la Función Pública del Ministerio de Cultura, aprobado mediante la Resolución Ministerial N° 240-2013-MC, dado que con ello, se vulneró el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, toda vez que la misma no se encontraba prevista en una norma con rango de ley.

Que, en atención a lo expuesto, se evidencia que se han observado las tres condiciones exigidas por la norma; por lo que corresponde declarar la nulidad de oficio del acto administrativo contenido en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, emitida por la Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa;

Que, por otro lado, corresponde señalar que, conforme lo previsto en el numeral 12.1 del artículo 12 del TUO de la LPAG, la declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto; en ese sentido, al declararse la nulidad de la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, debe retrotraerse el estado de las cosas, al momento mismo de su emisión;

Que, los numerales 11.2 y 11.3 del artículo 11 del TUO de la LPAG, establecen que la nulidad de oficio es conocida por la autoridad superior de quien dictó el acto, y que la resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico;

Que, en virtud a lo expuesto, con Informe N° 000577-2020-OGAJ/MC, la Oficina General de Asesoría Jurídica concluye que es jurídicamente viable declarar la nulidad de oficio del acto de inicio del procedimiento administrativo disciplinario contenido en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, emitida por la Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa;

Con las visaciones de la Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa, de la Secretaría Técnica de Procedimientos Administrativos Disciplinarios del Ministerio de Cultura, y de la Oficina General de Asesoría Jurídica;

De conformidad con lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; la Ley N° 29565, Ley de creación del Ministerio de Cultura y su modificatoria; y el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Cultura, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2013-MC;



SE RESUELVE

Artículo 1.- Declarar de oficio la nulidad del acto administrativo contenido en la Carta N° D000001-2019-DDC ARE/MC, emitida por la Dirección Desconcentrada de Cultura de Arequipa, retrotrayéndolo al momento de la emisión del acto de inicio del procedimiento administrativo disciplinario.

Artículo 2.- Disponer que se derive copia de todo lo actuado, a la Oficina General de Recursos Humanos, para que, a través de la Secretaría Técnica de Procedimientos Administrativos Disciplinarios del Ministerio de Cultura, adopte las acciones que correspondan en aplicación de lo establecido en el numeral 11.3 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 3.- Remitir los actuados a la Dirección Desconcentrada de Arequipa para la emisión del acto correspondiente.

Artículo 4.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal institucional del Ministerio de Cultura (www.gob.pe/cultura).

Regístrese y comuníquese.

Documento firmado digitalmente

ALEJANDRO ARTURO NEYRA SÁNCHEZ
Ministro de Cultura