Firmado digitalmente por RIOS VILLACORTA Francisco Ricardo M FAU 20551239692 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19.03.2019 12:32:17 -05:00

Resolución de Gerencia

Breña, 19 de Marzo del 2019

RESOLUCION DE GERENCIA N° 000041-2019-GG/MIGRACIONES

VISTOS:

La solicitud presentada por la servidora Vielka Patricia Escalante Ramírez con fecha 08 de febrero de 2019; la Hoja de Elevación N° 000001-2019-JZCHY/MIGRACIONES, de fecha 14 de febrero de 2019, emitida por la Jefatura Zonal de Chiclayo; el Memorando N° 000296-2019-RH/MIGRACIONES, de fecha 18 de febrero de 2019, emitido por la Oficina General de Recursos Humanos; el Memorando N° 000124-2019-AJ/MIGRACIONES, de fecha 20 de febrero de 2019, emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica; el recurso de apelación interpuesto por la servidora Vielka Patricia Escalante Ramírez con fecha 01 de marzo de 2019; y el Informe N° 177-2019-AJ/MIGRACIONES de fecha 14 de marzo de 2019, emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Del marco legal

De acuerdo con el artículo 35° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante la LSC) y el artículo 154° del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, aprobado por el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM (en adelante RLSC), todo servidor público tiene derecho a solicitar y contar con defensa y asesoría legal, contable, económica o afín, con cargo a los recursos de la entidad, previa evaluación a cargo de ésta, para la defensa en procesos judiciales, administrativos, constitucionales, arbitrajes, investigaciones congresales y policiales, ya sea por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, inclusive como consecuencia de encargos, aun cuando al momento de iniciarse el proceso hubiese concluido la vinculación con la entidad;

Al respecto, la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 284-2015-SERVIR/PE, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – Servir aprobó la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC – “Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles”, norma modificada por Resoluciones N° 185-2016-SERVIR-PE y N° 103-2017-SERVIR-PE, en adelante la Directiva; a través de la cual se precisa el procedimiento para solicitar y acceder al mencionado beneficio, así como las causales de procedencia, causales de improcedencia, requisitos de admisibilidad, entre otros aspectos;

Complementando lo anterior, a través del Informe Técnico N° 197-2017-SERVIR/GPSC, que es de carácter vinculante, en el cual el SERVIR ha establecido que aquellos servidores que cumplan con los requisitos previstos en la citada Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC, acceden al beneficio indicado, no pudiendo la Entidad negarlo o rechazar su ejecución;

Del caso en particular

Con fecha 08 de febrero de 2019, la servidora Vielka Patricia Escalante Ramírez presentó ante la Jefatura Zonal de Chiclayo una solicitud de defensa y

asesoría, al amparo del literal l) del artículo 35° de la Ley N° 30057 y del artículo 154° del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, señalando expresamente que dicha solicitud se sustentaba en el hecho de haber sido comprendida en una "investigación preliminar" promovida por la Oficina de Fortalecimiento Ético y Lucha Contra la Corrupción (en lo sucesivo FELCC) ante el Jefe de dicha oficina, por hechos desarrollados durante el ejercicio de sus funciones y que los hechos serían:

> "1) v*endría laborando en la Superintendencia Nacional de Migraciones – Jefatura Zonal Chiclayo, bajo presunta inconducta funcional o irregularidades cometidas como servidora civil, en el marco de lo establecido en la Ley N.° 27815 – Ley del Código de Ética de la Función Pública"*, agregando que tales hechos *"se desarrollaron durante el ejercicio de mis funciones como servidor civil de la Superintendencia Nacional de Migraciones";*

Adicionalmente, con el fin de acreditar su "emplazamiento" a la referida "investigación preliminar", la citada servidora acompañó a su solicitud el "Acta de Declaración", suscrita con fecha 08 de febrero de 2019, por ella, su abogado y el Jefe Zonal de Chiclayo, en el marco de una "investigación preliminar" a cargo de la FELCC;

Con fecha 20 de febrero de 2019, la Oficina General de Asesoría Jurídica cursó al Jefe Zonal de Chiclayo el Memorando N° 000124-2019-AJ/MIGRACIONES, indicándole que dicho beneficio y su respectivo procedimiento, *"está restringido a los casos de defensa en procesos judiciales, administrativos, constitucionales, arbitrales, investigaciones congresales y policiales"*, agregando lo siguiente: *"(…) sugerimos a su despacho comunicar a la citada servidora que su pedido es improcedente, por cuanto no existe norma jurídica que faculte a la Entidad a disponer de recursos públicos para contratar servicios de defensa legal a favor de sus servidores, por situaciones distintas a las contempladas en el literal c) del artículo 35 de la Ley N° 30057";*

Según lo expresado por la recurrente, el Jefe Zonal de Chiclayo le notificó digitalmente el citado Memorando N° 000124-2019-AJ/MIGRACIONES con fecha 21 de febrero de 2019;

Del recurso de apelación

Razón por la cual interpuso recurso de apelación contra el Memorando N° 000124-2019-AJ/MIGRACIONES. Dicho recurso se fundamenta, principalmente, en los siguientes argumentos:

(i) Que el objeto del pedido de beneficio de asesoría y defensa legal no obedece a una actuación aislada de un procedimiento regulado por la Entidad, sino a un procedimiento administrativo denominado "investigación preliminar por presunta inconducta funcional o irregularidades cometidas por servidores y/o funcionarios", en el cual la solicitante tiene derecho a contar con el beneficio de defensa y asesoría legal.

(ii) Que ese tipo de procedimientos a cargo de FELCC se encuentran dentro de los supuestos establecidos en el literal l) del artículo 35° de la Ley N° 30057 y el artículo 154° del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, los cuales *"no disponen restricción alguna en los casos del FELCC"*.

(iii) Que en la base legal de la Directiva que rige la investigación preliminar a cargo de FELCC, se cita como parte de su base legal a la Ley N° 30057 – Ley del Servicio Civil, para todos sus efectos, siendo que dentro del contenido de esta última norma está lo referido al beneficio de defensa y asesoría legal.

(iv) Que la Oficina General de Asesoría Jurídica se habría pronunciado indicando que el pedido de "**improcedente**", siendo menester precisar que dicho órgano está facultado para emitir opinión legal sobre el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y "**procedencia"**.

(v) Que el literal l) del artículo 35° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, señala que el beneficio de defensa y asesoría legal no se restringe a los tipos de procesos y procedimientos descritos expresamente en dicho literal, pues utiliza la expresión "entre otros".

(vi) Que la Oficina General de Asesoría Jurídica ha trasgredido la normatividad y el debido procedimiento de los plazos máximos establecidos para comunicar la improcedencia, conforme a lo señalado en la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC, vulnerando así los principios del debido procedimiento y de legalidad.

Del análisis de los argumentos del recurso de apelación

Respecto al argumento expresado por la apelante, las investigaciones preliminares a cargo de FELCC estarían comprendidas dentro de los supuestos comprendidos en el artículo 35° de la LSC y el artículo 154° del RLSC, es pertinente apreciar los términos en los que se encuentra normado dicho beneficio, para luego determinar si las investigaciones a cargo de FELCC estarían dentro de los alcances de dichas normas;

El artículo 35° de la Ley del Servicio Civil, referido a los derechos individuales del servidor civil, señala lo siguiente en su literal l): *"Contar con la defensa y asesoría legal, asesoría contable, económica o afín, con cargo a los recursos de la entidad para su defensa en procesos judiciales, administrativos, constitucionales, arbitrales, investigaciones congresales y policiales, ya sea por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, inclusive como consecuencia de encargos, aun cuando al momento de iniciarse el proceso hubiese concluido la vinculación con la entidad. Si al finalizar el proceso se demostrara responsabilidad, el beneficiario debe reembolsar el costo del asesoramiento y de la defensa especializados"* (el resaltado es nuestro);

El artículo 154° del Reglamento General de dicha Ley, aprobado por Decreto Supremo N.° 040-2014-PCM, señala que: *"Los servidores civiles tienen derecho a contar con la defensa y asesoría legal, asesoría contable, económica o afín, con cargo a los recursos de la entidad para su defensa en procesos judiciales, administrativos, constitucionales, arbitrales, investigaciones congresales y policiales, ya sea por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, inclusive como consecuencia de encargos, aun cuando al momento de iniciarse el proceso hubiese concluido la vinculación con la entidad. La defensa y asesoría se otorga a pedido de parte, previa evaluación de la solicitud"* (el resaltado es nuestro);

Como puede apreciarse, tanto en la Ley del Servicio Civil como en su Reglamento General, no sólo se reconoce el derecho de todo servidor o ex servidor civil a obtener el beneficio de defensa y asesoría, sino que en ambos cuerpos normativos se limita el acceso a dicho beneficio, bajo diversos criterios o condiciones de procedencia:

a) Se precisa el tipo de asesoría que se puede brindar, pues textualmente se limita a la "*asesoría legal, asesoría contable, económica o afín".*
b) Se precisa el ámbito dentro del cual se puede contar con dicha defensa o asesoría, pues textualmente se indica que es aplicable "*en procesos judiciales,*

administrativos, constitucionales, arbitrales, investigaciones congresales y policiales".

c) Se precisa que dicho beneficio es aplicable siempre que el respectivo proceso o procedimiento se motive en "*omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, inclusive como consecuencia de encargos, aun cuando al momento de iniciarse el proceso hubiese concluido la vinculación con la entidad".*

En este orden de ideas, el beneficio de defensa y asesoría a que se refiere la Ley del Servicio Civil y su Reglamento General, es un derecho que sólo puede ser ejercido por servidores y ex servidores civiles, siempre que se cumplan las condiciones y requisitos previstos en las normas antes citadas; razón por la cual, al recibir una solicitud en la que se invoque este derecho, la autoridad administrativa debe verificar si se trata de una petición de gracia o del ejercicio de ese derecho, de manera que sólo en este último caso correspondería tramitar la solicitud conforme al procedimiento previsto en la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC;

En lo concerniente al caso que motiva la presente resolución, la recurrente argumenta que FELCC habría iniciado un procedimiento de investigación preliminar en su contra y que tal procedimiento estaría dentro de los alcances del literal l) del artículo 35° de la Ley del Servicio Civil y del artículo 154° de su Reglamento General. Al respecto, debe considerarse que las funciones de FELCC son definidas en los artículos 12° y 13° del Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Migraciones (ROF), aprobado por Decreto Supremo Nº 005-2013-IN, según los cuales FELCC estaría a cargo de conducir las acciones a desarrollar sobre política anticorrupción, teniendo entre sus funciones las de *"Conducir investigaciones preliminares por presunta inconducta funcional o irregularidades de los servidores y funcionarios públicos de MIGRACIONES"* y de *"Emitir informes sobre las investigaciones realizadas, identificando e individualizando a los presuntos responsables y acompañando las pruebas que lo sustentan. El Informe con las recomendaciones, será elevado al Superintendente para impulsar las acciones administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar";*

La literalidad de las funciones previstas en los literales b) y d) del citado artículo 13° del ROF, evidencia que la expresión "investigación preliminar" es utilizada para referirse a las investigaciones a cargo de FELCC y que estas investigaciones no determinan responsabilidad alguna, sino que sirven para identificar si existe o no una "presunta" responsabilidad y recabar las pruebas pertinentes a fin de *"impulsar las acciones administrativas, civiles y/o penales a que hubiere lugar"*;

Según se ha indicado, tanto la Ley como su Reglamento General señalan expresamente que el citado beneficio está circunscrito a "*procesos judiciales, administrativos, constitucionales, arbitrales, investigaciones congresales y policiales".*

En ese sentido, dado que la investigación a cargo de FELCC no constituye por sí misma un procedimiento administrativo, sino una actuación de carácter interno destinada a recabar elementos de juicio, no puede ser considerada como un "procedimiento administrativo.

Inclusive, si como resultado de dicha investigación se promoviera la actuación del Secretario Técnico de Procedimiento Administrativo Disciplinario,

tampoco estaríamos ante un procedimiento administrativo, pues para ello sería necesario que como resultado de tales actuaciones se emitiera una resolución disponiendo el inicio de un procedimiento administrativo disciplinario. En consecuencia, queda desestimado el primer argumento en que se sustenta la apelación, pues queda demostrado que las investigaciones a cargo de FELCC no son procedimiento administrativo y por tanto, en lo concerniente a dicha investigación, la solicitante carece del derecho a la defensa y asesoría legal al que se refiere el literal l) del artículo 35° de la Ley del Servicio de Civil;

Respecto al segundo argumento de la apelación, referido a que las investigaciones a cargo de FELCC sí estarían comprendidas en los alcances del literal l) del artículo 35° de la Ley del Servicio de Civil y del artículo 154° de su Reglamento por el hecho de no haber sido excluidas expresamente, debemos recordar que en el ámbito de los procedimientos administrativos en general, no rige el principio de libertad negativa consagrado en el literal b) del inciso 24 del artículo 2°, según el cual *"Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe";* por el contrario, los procedimientos administrativos y en general todo tipo de actuaciones a cargo de las autoridades administrativas, se rigen por el *Principio de Legalidad*, consagrado en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual consiste en que: *"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";*

En aplicación de este principio, las entidades de la Administración Pública sólo pueden ejercer aquellas facultades otorgadas por Ley, encontrándose prohibidas de hacer aquello para lo que no están autorizadas. Por tanto, el que actuaciones administrativas como las que realiza FELCC no estén comprendidas en el literal l) del artículo 35° de la Ley del Servicio Civil ni en el artículo 154° de su Reglamento General, es razón suficiente para rechazar el pedido de defensa y asesoría planteado en su oportunidad por la servidora Vielka Patricia Escalante Ramírez, sin necesidad de requerirse una norma que señale expresamente que el citado beneficio no es aplicable a este tipo de actuaciones, quedando así desvirtuado el argumento esgrimido por la apelante en este extremo;

En relación a lo expresado por la apelante, en el sentido de que se estarían vulnerando los plazos máximos establecidos en la Directiva N.° 004-2015-SERVIR/GPGSC, debemos reiterar que ante la posibilidad de que se presenten peticiones de gracia con objeto similar a las solicitudes de defensa y asesoría a que se refiere el literal l) del artículo 35° de la Ley del Servicio Civil, corresponde que al recibir este tipo de solicitudes, la autoridad administrativa verifique si se trata de uno u otro caso y sólo tramitar con arreglo a la Directiva N.° 004-2015-SERVIR/GPGSC aquellas solicitudes que estén dentro de los supuestos previstos en dicha norma, a fin de recabar la información escalafonaria del solicitante y que la Oficina General de Asesoría Jurídica analice la admisibilidad y procedencia. En el caso de la apelante, su solicitud no estaba dentro de los supuestos del literal c) del artículo 35° de la Ley del Servicio Civil ni del artículo 154° de su Reglamento General; por tanto, no estaba sujeta al procedimiento, formalidades ni plazos previstos en la Directiva N.° 004-2015-SERVIR/GPGSC; consecuentemente, queda igualmente desestimado el argumento expresado por la apelante en este extremo;

Respecto a la inclusión de la frase “entre otros” en las normas que rigen el beneficio a que se refiere la presente resolución, y que según la apelante permitirían el otorgamiento de dicho beneficio a su favor, se hace presente que dicha frase no aparece en el literal c) del artículo 35° de la Ley del Servicio Civil ni en el artículo 154° de su Reglamento General, tal como puede corroborarse en los considerandos precedentes, específicamente en las citas textuales de dichas normas, siendo que en ambos casos más bien se restringe la aplicación del referido beneficio únicamente a “*procesos judiciales, administrativos, constitucionales, arbitrales, investigaciones congresales y policiales”*; en consecuencia, este argumento de la apelación interpuesta también queda desestimado;

De forma complementaria, se debe precisar que el hecho que la Directiva que rige la investigación preliminar a cargo de FELCC cite como parte de su base legal a la Ley N° 30057 – LSC, debemos señalar que ello no es razón suficiente para trasgredir la literalidad del inciso l) del artículo 35° de dicha norma; por tanto, este extremo de la apelación también queda desestimado;

De la valoración del recurso

Mediante Informe N° 000177-2019-AJ-MIGRACIONES de fecha 14 de marzo del 2019, la Oficina General de Asesoría Jurídica de esta Superintendencia, eleva el recurso de apelación, detallando el trámite brindado a la solicitud de defensa y asesoría legal presentada en su oportunidad por la recurrente, señalando que no le corresponde emitir opinión sobre el recurso de apelación presentado, por ser precisamente la opinión de dicho órgano de asesoría lo que se impugna mediante el referido recurso administrativo; en ese sentido, recomendó a esta Gerencia General resolver el recurso de apelación interpuesto, sin opinión ni dictamen previo de dicho órgano de asesoría;

En atención a los hechos descritos en la presente resolución, al análisis de los argumentos de la apelante y conforme al marco legal vigente, esta Gerencia arriba a la convicción de que sólo corresponde otorgar el beneficio de defensa y asesoría a que se refiere la Ley del Servicio Civil, cuando concurran las condiciones y requisitos establecidos para su otorgamiento, debiéndose denegar las solicitudes que no cumplan con tales condiciones y requisitos, como por ejemplo aquellas que se sustenten en la existencia de una investigación a cargo de FELCC; por tanto, quedan desestimados los argumentos en que se fundamenta el citado recurso de apelación;

De la autoridad competente para resolver la apelación

De otro lado, considerando que la Gerencia General es el superior jerárquico de la Oficina General de Asesoría Jurídica, se encuentra dentro del ámbito de competencia de la Gerencia General resolver el recurso de apelación interpuesto por la servidora Vielka Patricia Escalante Ramírez contra el Memorando N.° 000124-2019-AJ/MIGRACIONES, emitido por la referida oficina general;

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil; su reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 040-2014-PCM; el Decreto Legislativo N.° 1130, que crea la Superintendencia Nacional de Migraciones – MIGRACIONES; el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Migraciones, aprobado por Decreto Supremo N.° 005-2013-IN; y, en ejercicio de la facultad delegada mencionada;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la servidora Vielka Patricia Escalante Ramírez y en consecuente confirmar el el acto administrativo contenido en el Memorando N° 000124-2019-AJ/MIGRACIONES, dando por agotada la vía administrativa.

Artículo 2°.- Notificar la presente resolución a la servidora Vielka Patricia Escalante Ramírez, en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles posteriores a su emisión.

Artículo 3º.- Disponer que la Oficina General de Tecnologías de Información, Comunicaciones y Estadística, efectúe la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional de la Superintendencia Nacional de Migraciones (www.migraciones.gob.pe) y en el portal de Transparencia Estándar.

Regístrese y comuníquese.