

VISTO, el Documento Simple N° 34492 -2021 de descargo sobre procedimiento de nulidad de oficio; y el Informe N° D000273-2021-MML-GAJ, de la Gerencia de Asuntos Jurídicos; y,

CONSIDERANDO:

Que, el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, señala que los Gobiernos Locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en el ejercicio de sus actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico;

Que, se tiene el literal I) del artículo 35° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (LSC), reconoce el derecho de los servidores a contar con 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;

Que, el numeral 6.4.3 del artículo 6 de la Directiva 004-2015-SERVIR/GPGSC "Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles", en adelante la Directiva, señala que la procedencia de la solicitud de defensa legal o asesoría no debe exceder de siete (07) días hábiles, la cual se formaliza, mediante Resolución de la Gerencia Municipal Metropolitana. Si vencido dicho plazo, no hubiese un pronunciamiento expreso de la Entidad, el servidor o ex servidor considerará aprobada su solicitud, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que pudiera corresponder al servidor civil que incurrió en demora o inacción. Adicionalmente, el numeral 6.4.1 de la Directiva, señala que la omisión o defecto de los requisitos exigidos en el numeral 6.3 del artículo 6, debe ser subsanada por el solicitante dentro del plazo máximo de dos (02) días hábiles desde que le sea requerido. Este plazo adicional suspende todos los plazos señalados en la Directiva;

Que, es importante indicar que la Segunda Disposición Complementaria Final de la Directiva, señala que, en todo aspecto no previsto en sus disposiciones, se aplica de manera supletoria las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, mediante Documento Simple N° 12516-2021 de fecha 28 de enero de 2021 la señora Patricia Esther Mercedes Vela Orbe, en su condición de ex Asesor I, desarrollando funciones como Subgerente de Gestión de Contratos con Participación Privada de la Municipalidad Metropolitana de Lima según Resolución de Gerencia Municipal Metropolitana N° 666-2011-MML-GMM, solicitó defensa legal, al amparo de las disposiciones de la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057 y la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC;

Que, teniendo en cuenta el plazo señalado en la Directiva, y atendiendo a la solicitud de defensa legal presentada el 28 de enero de 2021, teniendo en consideración la Carta N° D000006-2021-MML-GAJ de fecha 29 de enero de 2021, notificada el 01 de febrero de 2021 y el escrito de subsanación presentado con fecha 02 de febrero de 2021, el plazo para emitir pronunciamiento expreso sobre dicha solicitud del Documento Simple N° 12516-2021, se cumplió el 09 de febrero de 2021;

Que, a través de la Carta N° D000029-2021-MML-GMM de fecha 15 de marzo de 2021, notificada en la misma fecha, se comunicó a la señora Patricia Esther Mercedes Vela Orbe que respecto de su solicitud operó el silencio administrativo positivo produciéndose la Resolución ficta de aprobación de defensa legal. No obstante, también se comunicó que en dicho procedimiento no se cumplió con lo establecido en el numeral 6.1 concordado con el numeral 6.3 de la Directiva, que exige como requisito para acceder al derecho de defensa y asesoría, que *la solicitante acredite haber sido citada o emplazada formalmente para las diligencias a realizarse adjuntando para tal fin, la copia de la notificación o comunicación de la citación*, por lo cual se le otorgó un plazo no mayor de cinco (5) días para que ejerza su derecho de defensa por inicio de procedimiento de nulidad de oficio de la mencionada Resolución ficta, acorde a lo establecido en el artículo 213 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, por la causal descrita en el numeral 3 del artículo 10 del Texto Único Ordenado de la referida Ley, pues no se podría adquirir por silencio positivo aquello que no es posible adquirirlo de manera expresa;

Que, al respecto, la señora Patricia Esther Mercedes Vela Orbe, a través del Documento Simple N° 34492-2021 de fecha 22 de marzo de 2021, presenta sus argumentos de defensa; manifestando lo siguiente: 1. *Al respecto, se tiene que según la comunicación nosotros no habríamos presentado un documento a la solicitud, sin embargo si lo he hecho, ya que en dos oportunidades se le informó a la Municipalidad que el documento que estaba requiriendo era la Disposición N° 37 mediante la cual se me comunica que he sido comprendido en la etapa preparatoria de la investigación del Caso N° 006-2018*; 2. *La Ley N° 27444 contempla la posibilidad de que una entidad pública declare de oficio la nulidad de un acto administrativo siempre que concurren dos requisitos: i) que el supuesto esté contenido en el artículo 10 de la Ley y ii) que el acto agrave el interés público o lesionen derechos fundamentales*; 3. *Resulta necesario hacer una precisión sobre nuestra solicitud. Con fecha 22 de marzo de 2029, su Gerencia Municipal Metropolitana me concedió el derecho de defensa legal respecto a la investigación penal que se me sigue por el presunto delito de colusión en agravio del Estado, el mismo que se tramita en el Caso N° 006-2018*; 4. *En mi solicitud y en el Documento Simple mediante el cual, subsané las observaciones realizadas por la Gerencia de Asesoría Jurídica de la MML, en el presente caso yo he sido emplazada mediante la Disposición N° 37 emitida por el Ministerio Público en el Caso N° 006-2018. En dicha disposición el Fiscal a cargo de la investigación me comunica que he sido comprendida en la Etapa Preparatoria de dicho caso*;

Que, es menester indicar que de la revisión de los requisitos exigibles a los argumentos de defensa y a la solicitud primigenia de defensa legal y asesoría, se advierte que no se cumple con lo establecido en el numeral 6.1 concordado con el numeral 6.3 de la Directiva en el sentido que es requisito para acceder al derecho de defensa y asesoría, que la solicitante acredite haber sido citada o emplazada formalmente para las diligencias a realizarse adjuntando para tal fin, la copia de la notificación o comunicación de la citación. Por lo tanto, solo aquellos servidores que cumplan con los requisitos establecidos en los numerales 6.1, 6.2 y 6.3 de la Directiva accederán al beneficio de defensa legal;

Que, con relación a lo expuesto, es necesario precisar que la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, estableció en el Informe Técnico N° 1638-2020-SERVIR/GPGSC, lo siguiente:

"(...)

2.8. Ahora bien, el literal a) del numeral 6.3 del artículo 6º de la Directiva, establece que la solicitud del beneficio de defensa y asesoría legal, tiene carácter de declaración jurada, conteniendo la siguiente información:

(...)

- Copia de la notificación o comunicación de la citación o emplazamiento recibida

(...)

2.14 De esta manera, la entidad pública al momento de evaluar el pedido de defensa y asesoría legal deberá tener en consideración las particularidades de cada proceso judicial, así como las reglas previstas para cada etapa procesal, de acuerdo con lo previsto por el Código Procesal Civil.

(...)"

Que, en ese contexto, la señora Patricia Esther Mercedes Vela Orbe, a través del Documento Simple N° 34492-2021 de fecha 22 de marzo de 2021, argumenta que cumplió con adjuntar un cargo de notificación para una diligencia con fecha posterior a su solicitud de defensa legal, para lo cual adjuntó la Disposición Fiscal N° 31 de fecha 25 de febrero de 2020 el cual contiene la Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria y la Disposición Fiscal N° 37 de fecha 22 de setiembre de 2020 el cual contiene el cargo de notificación de la Disposición de Ampliación de Formalización de Investigación Preparatoria. Sobre dicho argumento, se debe precisar que las Disposiciones Fiscales, se encuentran en conformidad con los artículos 336 y 337 del Código Procesal Penal. Por lo que, debemos tener en cuenta la realización de **diligencias inmediatas**, la que se encuentra amparada en el literal d) del numeral 2 del artículo 336, del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, de lo que se infiere que no se cumple con lo establecido en el numeral 6.1 concordado con el numeral 6.3 de la Directiva, en el sentido que no se presenta una citación para diligencias a realizarse en el contexto inmediato a la solicitud de defensa legal, requisito para el otorgamiento de este derecho;

Que, aunado a lo anterior, es menester indicar que el requisito de adjuntar copia de citación o notificación para diligencias a realizarse a partir de la solicitud, resulta fundamental para otorgar el beneficio de defensa legal, por cuanto en el presente caso y a consecuencia del tiempo transcurrido entre la apertura de la investigación fiscal y el pedido de defensa legal, permite determinar si la recurrente solicita acceso de defensa legal para diligencias posteriores y no para los actos de defensa que se hayan podido realizar por cuenta de la recurrente. *En definitiva, el reconocimiento de acciones de defensa anterior a la solicitud implicaría un reintegro del desembolso realizado por la recurrente, lo cual no está cautelado en la Directiva, es decir no se condice con los requisitos de admisibilidad antes señalados.* Además, se debe precisar que corresponderá a las entidades públicas disponer de la contratación para la defensa legal de servidores y exservidores que se encuentren inmersos en procesos judiciales o procedimientos administrativos, siempre y cuando estos cumplan con los requisitos exigidos en la Directiva. De lo cual, podemos inferir que no existe disposición alguna que autorice a los servidores o exservidores a contratar directamente los servicios de asesoría legal;

Que, es necesario señalar que en el numeral 213.1 del artículo 213 del TUO de la Ley N° 27444, se señala 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 se agraven el interés público o afecten derechos fundamentales;

Que, conforme al párrafo anterior, el tratadista Juan Carlos Morón Urbina, en su libro "Perspectiva Constitucional del Silencio Administrativo Positivo ¿Quién Calla Otorga? ¿Pero qué Otorga?", precisa que: "Una de las críticas originales al silencio administrativo positivo fue su peligrosidad para el interés público y al principio de legalidad, puesto que serviría para obviar los controles administrativos y permitiría la consagración de fraudes por el solo

transcurso del tiempo. Frente a ello, la respuesta fue conciliar ambas posiciones, proscribiendo la posibilidad del silencio positivo contra legem, o dicho, en otros términos,

cuidar que el interesado a través del silencio administrativo positivo, no pudiera obtener nada distinto a lo que pudiera haber obtenido por la decisión expresa de la autoridad. Por eso, se debe entender que siendo el silencio administrativo una técnica sustitutiva de la inacción administrativa, cuando nos acogemos a él solo puede obtenerse lo mismo que conforme a derecho podría obtener de su petitorio o recurso y en los términos estrictamente solicitados. El acto ficticio derivado del silencio administrativo positivo al igual que el acto expreso debe ser conforme a ley, por lo que ese petitorio debe ser formal y sustantivamente sujeto a derecho”;

Que, consecuentemente, la Resolución ficta sobre la defensa legal de la señora Patricia Esther Mercedes Vela Orbe, configura la causal de nulidad establecida en el numeral 3 del artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444, en el sentido que: “Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho: (...) 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, o 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; siendo que el destinar recursos públicos sin la formalidad exigida agravia al interés público por cuanto no permite a la entidad pública el cumplimiento de sus metas y objetivos en un marco de legalidad administrativa y se le priva de la consecución de otros fines públicos;

Que, en relación con la competencia para declarar la nulidad de oficio del acto viciado, el numeral 213.2 del artículo 213 del TUO de la Ley N° 27444, señala que: La nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad es declarada por resolución del mismo funcionario. En ese sentido, siendo que la Resolución ficta obtenida como consecuencia de haber operado el silencio administrativo positivo ha sido comunicada por la Gerencia Municipal Metropolitana y siendo esta la titular de dicho procedimiento y no encontrándose sometida a una subordinación jerárquica, recaería sobre este órgano la potestad anulatoria de oficio. En ese sentido, corresponde a la Gerencia Municipal Metropolitana declarar la nulidad de oficio de la citada Resolución por haberse configurado la causal de nulidad establecida en el numeral 3 del artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444;

Que, mediante Informe N° D000273-2021-MML-GAJ de fecha 10 de abril de 2021, la Gerencia de Asuntos Jurídicos concluye, entre otros, que la Resolución Ficta generada por el Silencio Administrativo Positivo en el procedimiento administrativo de defensa legal impulsada por la señora Patricia Esther Mercedes Vela Orbe configura la causal de nulidad establecida en el numeral 3 del artículo 10 del TUO de la Ley N° 27444, por lo que debe ser declarada nula de oficio;

En uso de las atribuciones conferidas en la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar la Nulidad de Oficio de la Resolución Ficta generada por el Silencio Administrativo Positivo en el procedimiento administrativo de defensa legal impulsada por la señora Patricia Esther Mercedes Vela Orbe mediante Documento Simple N° 12516-

2021 presentado el 28 de enero de 2021, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Notificar la presente Resolución a la señora Patricia Esther Mercedes Vela Orbe identificado con DNI N° 07193902, con las formalidades de Ley, para su conocimiento y fines.

Artículo Tercero.- Encargar a la Subgerencia de Gobierno Digital e Innovación la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima (www.munlima.gob.pe).

Regístrese, comuníquese, publíquese, y cúmplase.

Documento firmado digitalmente

GLORIA MARIA DEL CARMEN CORVACHO BECERRA
GERENTE MUNICIPAL METROPOLITANA
GERENCIA MUNICIPAL METROPOLITANA