

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Facultad disciplinaria del Estado empleador: De lo razonable y discrecional a la actuación arbitraria de las autoridades sancionadoras en el procedimiento administrativo disciplinario

Trabajo Académico para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Autor

Daniel Alzamora Yupanqui

Asesor

Willman César Meléndez Trigoso

Lima, 2021

Resumen

El procedimiento administrativo disciplinario contiene diversas aristas, entre ellas, las formalidades propias de su tramitación, la compleja determinación de responsabilidades, y la identificación e imposición de sanciones, cada una de ellas dignas de estudio y análisis. Pero es justamente en este último aspecto que el presente trabajo se ha centrado, siendo una investigación explicativa, busca analizar, a través de un panorama general, la actuación de aquellas autoridades constituidas como sancionadoras, ofreciendo además una crítica para aquellas que, empleando criterios arbitrarios, imponen sanciones carentes de motivación que no soportan el mínimo análisis de razonabilidad, desarrollando en el camino conceptos básicos e indispensables para entender el procedimiento administrativo disciplinario, tales como los principios rectores del accionar administrativo, el actuar discrecional de las autoridades competentes y la arbitrariedad en la toma de decisiones. El presente trabajo de investigación resalta la importancia de emplear criterios de razonabilidad para la determinación de las sanciones, tomando en cuenta para ello cada una de las pautas y supuestos establecidos por la ley, decisión que debe ser debidamente motivada por la autoridad a cargo, dentro del margen de libertad que la norma le ha concedido. Esto se denominará discrecionalidad, la misma que por su propia naturaleza descarta el accionar arbitrario de las autoridades disciplinarias.

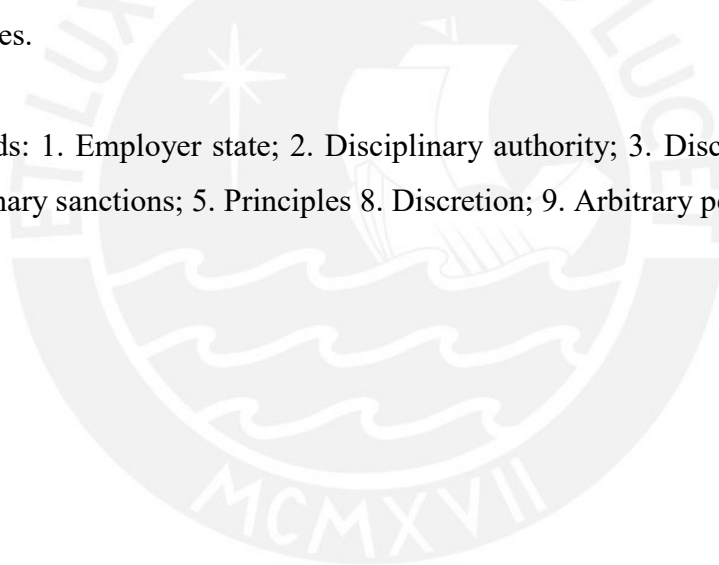
Palabras clave: 1. Estado empleador; 2. Facultad disciplinaria; 3. Autoridades disciplinarias; 4. Sanciones disciplinarias; 5. Principios 8. Discrecionalidad; 9. Actuación arbitraria

Abstract

The disciplinary administrative procedure contains various aspects, among them, the formalities of its processing, the complex determination of responsibilities, and the identification and imposition of sanctions, each of them worthy of study and analysis.

But it is precisely on this last aspect that the present study has focused, being an explanatory research, it seeks to analyze, through a general panorama, the performance of those authorities constituted as sanctioners, also offering a criticism for those who, using arbitrary criteria , impose unmotivated sanctions that do not support the minimum analysis of reasonableness, developing basic and essential concepts to understand the disciplinary administrative procedure, such as the guiding principles of administrative action, the discretionary action of the competent authorities and arbitrariness in the taking of decisions. This research highlights the importance of using reasonableness criteria to determine sanctions, taking into account each of the guidelines and assumptions established by law, a decision that must be duly motivated by the authority in charge, within the margin of freedom that the norm has granted him. This will be called discretion, which by its very nature rules out the arbitrary action of the disciplinary authorities.

Keywords: 1. Employer state; 2. Disciplinary authority; 3. Disciplinary authorities; 4. Disciplinary sanctions; 5. Principles 8. Discretion; 9. Arbitrary performance



Índice

Introducción	1
Capítulo I	3
1.1 Facultad disciplinaria atribuida al Estado empleador en el marco de la Ley del Servicio Civil	3
1.2 De la determinación de las sanciones disciplinarias	6
1.2.1 Supuestos de graduación	7
1.2.2 Aplicación del principio de razonabilidad	10
1.2.3 Atenuantes, eximentes y antecedentes del servidor procesado	14
Capítulo II	16
2.1 Análisis de los principios de legalidad y tipicidad en la toma de decisiones de las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario	16
2.2 De la discrecionalidad y su aplicación en la determinación e imposición de sanciones disciplinarias	18
2.3 De la arbitrariedad y su presencia en la determinación e imposición de sanciones disciplinarias, como contraposición al principio de razonabilidad y debida motivación	23
Capítulo III	25
Las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario y su actual desempeño en la determinación y aplicación de sanciones disciplinarias. Análisis de determinados pronunciamientos de las autoridades sancionadoras y del TSC	25
Conclusiones	29
Bibliografía	31

Introducción

¿Puede el Estado empleador renunciar al ejercicio de la facultad disciplinaria y potestad sancionadora? ¿Puede el Estado empleador abstenerse de sancionar o imponer sanciones que no respondan al fin del procedimiento administrativo disciplinario en beneficio de un servidor imputado?, y en sentido contrario, ¿Puede el Estado empleador imponer sanciones de manera arbitraria en desmedro de un servidor, cuando, en iguales condiciones, absolvió a otro o impuso sanciones menos gravosas? Cuestionamientos como estos, relacionados al accionar, muchas veces arbitrario, del Estado empleador, serán abordados en el presente trabajo, para lo cual se traerá a colación casos prácticos que den una muestra del desempeño de las autoridades a cargo de las fases del procedimiento administrativo disciplinario.

Como reiteradamente ha establecido el Tribunal Constitucional así como la Corte Suprema del Poder Judicial, en lo que respecta al ejercicio de la facultad disciplinaria atribuida al empleador, debe primar el respeto y cumplimiento de los principios que aseguren al imputado que el procedimiento de determinación de responsabilidades al que será sometido se encuentre revestido de todas las garantías que le permitan, entre otro, ejercer su derecho a la defensa, a ser considerado inocente en tanto no se pruebe lo contrario, a obtener una decisión motivada y sobre todo, que la medida que adopte la autoridad sancionadora, sanción disciplinaria, responda al principio de razonabilidad y proporcionalidad y a los criterios de graduación.

Pero qué sucede cuando las autoridades, más allá de emplear un criterio razonable, buscando satisfacer la finalidad del procedimiento disciplinario, esto es, corregir conductas y desincentivar la comisión de nuevas faltas, decide no iniciar investigación o decide no sancionar cuando la responsabilidad ha sido acreditada o en todo caso impone una sanción que no soporta el mínimo análisis de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que el criterio empleado se ha trasladado al ámbito de la arbitrariedad, ello partiendo de la idea de que todo servidor público debe responder por las faltas que comete en el ejercicio de sus funciones o en la prestación de servicios, en la medida que corresponda, y más aún cuando se ha generado un grave perjuicio al interés público y demás bienes jurídicamente protegidos

por el Estado, no existiendo “el perdón” o la absolución por el simple deseo del que tiene en sus manos la decisión.

Algo es claro, la potestad disciplinaria en el ámbito estatal, en el marco de las disposiciones de la Ley del Servicio Civil, no responde a otro fin que no sea corregir conductas y cautelar el correcto funcionamiento de la administración pública, asegurando el interés público. Entonces, no es legalmente admisible que las autoridades a cargo de las fases del procedimiento administrativo disciplinario, instrucción y sanción, empleen este mecanismo correctivo de manera antojadiza, fuera de los límites normativos y los principios reguladores del accionar de los operadores administrativos, desnaturalizando así la finalidad de este, empleándolo quizá como mecanismo de venganza o represión, o favoritismo.

El presente trabajo tiene una doble finalidad, en primer lugar se pretende desarrollar los alcances del procedimiento administrativo disciplinario y de las instituciones jurídicas y principios ordenadores del mismo, mientras se explica, en segundo lugar, el accionar o desempeño de las autoridades en el ejercicio de la potestad disciplinaria y la aplicación de sanciones a través del análisis de casos concretos relacionados a este.

Capítulo I

1.1 Facultad disciplinaria atribuida al Estado empleador en el marco de la Ley del Servicio Civil

“La responsabilidad disciplinaria es aquella que se desarrolla en el interior de la relación del servicio y en garantía de los deberes y obligaciones del servidor civil, con sanciones que inciden sobre sus derechos” (Boyer, 2019, p.139). Al respecto, según el artículo 91° del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, que aprueba el Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, recae sobre los servidores públicos, independientemente del régimen laboral que los vincule con la entidad o la jerarquía, salvo los exceptuados por la norma, por las faltas que cometan en el ejercicio de las funciones o de la prestación de servicios, iniciando para tal efecto el Estado el respectivo procedimiento administrativo disciplinario y la posterior aplicación de una sanción, sin afectar al servidor o funcionario en lo relativo a su libertad o patrimonio (Rotondo, 2016, p.137), encontrándose en la obligación de observar las disposiciones de la ley de la materia y su reglamento, no pudiendo otorgarse condiciones menos favorables que las previstas, por lo que debe sujetar sus actuaciones a los principios establecidos por el artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, entre otros, al de legalidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad y causalidad.

Así tenemos los fundamentos jurídicos 1 y 2 del Acuerdo Plenario del Tribunal del Servicio Civil, aprobado por Resolución de Sala Plena N° 001-2019-SERVIR/TSC de fecha 28 de marzo de 2019, el cual señala que la potestad sancionadora del Estado (ius puniendi) es ejercida en la Administración Pública a través de la facultad disciplinaria, la cual consiste en el poder jurídico otorgado por la Constitución Política del Perú a través de la ley a las entidades públicas sobre sus funcionarios, directivos y servidores para imponer sanciones por las faltas disciplinarias que cometan en el ejercicio de sus funciones, ello con el fin de incentivar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico y desincentivar que se cometan faltas e infracciones que afecten el interés general con eficacia, agilidad y ejemplaridad, sin embargo, dicha facultad tiene como

límite de aplicación la observancia del principio de legalidad, lo cual obliga a las entidades públicas a realizar solo lo que está expresamente normado para materializar la garantía de protección a los administrados frente a cualquier actuación arbitraria del Estado.

La facultad disciplinaria entonces forma parte de los poderes conferidos al empleador, en este caso el Estado, en el marco de una relación laboral, específicamente del poder de dirección, a través de la cual frente a un hecho que puede ser tipificado como infracción, este se encuentra facultado para imponer una sanción, previo procedimiento e investigación.

Como ya se dijo, esta facultad está dirigida, más allá de su carácter punitivo, a corregir conductas en la prestación del servicio, relacionadas al incumplimiento de funciones, obligaciones y deberes establecidos por contrato o por norma específica que regule el funcionamiento institucional, a través de la aplicación de una sanción, la misma que será graduada de acuerdo a la gravedad de esta y a la discrecionalidad del empleador. Tal como señala Pilotto Carreño, la facultad disciplinaria que se la ha conferido al empleador no solo tiene naturaleza punitiva sino que busca esencialmente modificar la conducta del trabajador, y eso se hace a través de la aplicación de sanciones, ello con el fin de asegurar el desarrollo de las actividades empresariales y cumplimiento de las disposiciones patronales (2009, p.611).

Es innegable que la adopción de medidas disciplinarias, al amparo del principio de razonabilidad y debidamente motivadas, frente a conductas infractoras en las que hayan incurrido funcionarios, directivos o servidores, genera que la idea de impunidad dentro de una organización, concebida por los ciudadanos, quede descartada; sin embargo, debe descartarse también, aun con mayor intensidad, el uso de este mecanismo como respuesta política para limpiar la imagen institucional o de alguna autoridad frente a hechos cuestionables, o como mecanismo de venganza (Boyer, 2017, p.34). De más esta decirlo, estas son prácticas habituales al interior de las entidades de la administración pública.

Por otro lado, en lo que respecta a la potestad sancionadora del Estado, es necesario marcar la diferencia entre la facultad sancionadora atribuida al Estado, entendida esta como procedimientos de sujeción general que busca tutelar la legalidad, respecto de la facultad disciplinaria, entendida como aquella ejercida por el Estado empleador, en el marco de la relación de subordinación establecida con los servidores públicos, en cuyo mérito se imponen sanciones, con el fin de asegurar que la entidad alcance sus objetivos a través de la adopción de medidas que coadyuven al orden interno (Baca, 2007, p.6). Según Boyer, haciendo referencia al Acuerdo Plenario N°01-2013-CG/TSRA del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, el procedimiento administrativo disciplinario, tiene como bien jurídico protegido la relación laboral existente entre el servidor civil y la entidad, “...en la que se manifiesta el poder de dirección del empleador y una subordinación por parte del trabajador, y lo que se tutela en dicho caso es la relación laboral, así como el adecuado funcionamiento de la entidad” (Boyer, 2019, p.143).

Ahora bien, más allá de las similitudes o diferencias existentes entre el procedimiento administrativo disciplinario y el procedimiento administrativo sancionador, es necesario tener presente que lo que se busca encaminar a través de estos mecanismos de esencia coercitiva es la conducta de todo aquel que ha incurrido en una falta administrativa de índole disciplinaria y que este sea sancionado previa valoración de los aspectos que enmarcan el hecho reprochable. Esto implica que la autoridad a cargo de la determinación de responsabilidades cuente con el panorama completo del caso, con detalles tales como la evaluación del principio de tipicidad, causalidad, culpabilidad y la concatenación de los hechos con las funciones incumplidas que le permita tener certeza de la comisión de la falta y de la identidad del servidor infractor; así como la autoridad a cargo de la imposición de la sanción disciplinaria, quien debe actuar dentro de los márgenes de la razonabilidad y los supuestos de graduación establecidos en la Ley del Servicio Civil, eximentes y atenuantes y, por último, los antecedentes del servidor.

Es menester dejar constancia que el presente trabajo está delimitado al desempeño de las autoridades al momento de determinar e imponer las sanciones disciplinarias, ello en el supuesto de que la imputación de cargos y la determinación de responsabilidad administrativa en los casos que se a continuación se evaluarán se encuentran debidamente justificadas y motivadas.

1.2 De la determinación de las sanciones disciplinarias

Sabemos por el principio de legalidad, que la administración no puede imponer, por ningún motivo, sanciones que no hayan sido previamente previstas por norma con rango de ley. Para el caso del procedimiento administrativo disciplinario, la Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, ha establecido que las sanciones van desde una amonestación escrita, pasando por la suspensión sin goce de remuneraciones de 1 a 365 días, hasta la destitución con la sanción accesoria de inhabilitación de 5 años para ejercer cualquier cargo dentro de la administración pública. Existe además la posibilidad de imponer la sanción de inhabilitación como sanción principal, pero únicamente para aquellos que hayan cometido la infracción como ex servidores. Para el caso de la amonestación verbal, es necesario precisar que si bien es un tipo de sanción prevista en la norma, para su imposición no se requiere de la tramitación previa de un procedimiento administrativo disciplinario, sino se efectúa de manera personal y reservada.

Ahora bien, hasta ahora entendemos que la facultad disciplinaria es conferida por norma con rango de ley a determinadas autoridades, y cuáles son las sanciones que estas pueden imponer; sin embargo, quedan las siguientes interrogantes: ¿Cuándo se aplica amonestación escrita, o suspensión sin goce de remuneraciones o destitución? O tal vez ¿Cuándo aplico 1 día o 150 días o 365 días de suspensión sin goce de remuneración? o quizá ¿Puedo variar la sanción recomendada al inicio del procedimiento? Claro está que lo que se busca es aplicar sanciones que no sean irracionales, evitando todo exceso de punición, y que por el otro lado se busca proteger el interés público asegurando que la comisión de las faltas resulten ser más beneficiosas que las consecuencias jurídicas.

Todas las interrogantes que se puedan generar a partir de la determinación de las sanciones, se pueden responder, en parte, desde la perspectiva del análisis de los supuestos de graduación, del principio de razonabilidad, de la evaluación de los tipos de eximentes y atenuantes, los antecedentes del servidor, y ello se debe a que la actuación de las autoridades, ya sea en instrucción como en sanción, no se encuentra totalmente predeterminada por la norma.

Pero cabe cuestionar si es que esta falta de determinación respecto al quantum de las sanciones a imponer en determinados casos depende únicamente de la discrecionalidad de la autoridad y de la apreciación subjetiva de los hechos; tal como se verá más adelante, cuando hablamos de la discrecionalidad en el accionar de las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario, hablamos de una relativa, enmarcada en los márgenes de la legalidad, razonabilidad y demás principios administrativos.

1.2.1 Supuestos de graduación

Las sanciones deben ser proporcionales a la falta cometida, esta es una regla esencial que rige sobre el acciones de todos aquellos operadores que administran justicia o se constituyen en autoridad en el marco de un procedimiento sancionador o disciplinario, para ellos el artículo 87° de la Ley del Servicio Civil, establece un determinado número de supuestos que coadyuvarán a la autoridad a fijar el tipo de sanción y el número de días, en el caso de la sanción de suspensión sin goce de remuneraciones.

No está de más señalar que este aspecto responde o está íntimamente vinculado a la aplicación del principio de razonabilidad, el mismo que busca encaminar, y más aun, controlar el ejercicio de la facultad sancionadora, a través del impedimento de imponer sanciones que resulten excesivamente perjudiciales para el servidor procesado, llegando al extremo de adoptar medidas arbitrarias, y por otro lado, la mínima punición, cuyos efectos no lleguen a disuadir la accionar reprochable desplegado por el servidor imputado (Morón, 2017, p.399)

Estos supuestos, en la práctica, son entendidos como agravantes del hecho reprochable, implicando esto que mientras más de estos puedan ser identificados en un caso, mayor debería ser la sanción a imponer.

Así por ejemplo tenemos los supuestos recogidos en el citado artículo 87°:

“(…)

- a) Grave afectación a los intereses generales o a los bienes jurídicamente protegidos por el Estado.*
- b) Ocultar la comisión de la falta o impedir su descubrimiento.*
- c) El grado de jerarquía y especialidad del servidor civil que comete la falta, entendiéndose que cuanto mayor sea la jerarquía de la autoridad y más especializadas sus funciones, en relación con las faltas, mayor es su deber de conocerlas y apreciarlas debidamente.*
- d) Las circunstancias en que se comete la infracción.*
- e) La concurrencia de varias faltas.*
- f) La participación de uno o más servidores en la comisión de la falta o faltas.*
- g) La reincidencia en la comisión de la falta.*
- h) La continuidad en la comisión de la falta.*
- i) El beneficio ilícitamente obtenido, de ser el caso.*

(…)

Ahora bien, corresponderá a cada autoridad, ya sea la instructora al momento de recomendar una posible sanción (previa determinación de responsabilidad administrativa) o la sancionadora en la imposición efectiva de la sanción, evaluar exhaustivamente el caso materia de procedimiento y determinar si alguno de estos supuestos está presente. Siempre se debe tener presente que la propia norma, en el artículo citado, establece que en todo momento se debe prever la comisión de la falta no sea más ventajosa.

Entonces, estando a lo descrito, es necesario analizar los supuestos de graduación, o parte de ellos, a partir de un caso concreto, esto permitirá apreciar claramente como la autoridad valora cada uno de estos en la determinación de la sanción a imponer.

Así tenemos, por ejemplo, la Resolución N°000709-2021-SERVIR/TSC – Segunda Sala, del 30 de abril de 2021, a través de la cual se confirma la Resolución N°080-2020-GM-MSS, del 17 de noviembre de 2020, emitida por la Gerencia Municipal de la Municipalidad de Santiago de Surco, por la cual se impone la sanción de noventa (90) de suspensión sin goce de remuneraciones al servidor M.A.M.V por la comisión de la infracción tipificada en el literal d) del artículo 85° de la Ley del Servicio Civil, a saber, la negligencia en el desempeño de sus funciones. En el referido caso, se logra acreditar la responsabilidad administrativa del servidor procesado respecto del hecho imputado, siendo este la remisión extemporánea de la información esencial para la declaración del PDT Planilla Electrónica – PLAME de los meses de diciembre de 2018 y enero de 2019.

En el caso materia de análisis, acertadamente se advierte la existencia de 3 de los supuestos antes detallados. Tal es el caso de la grave afectación a los intereses generales o a los bienes jurídicamente protegidos por el Estado, específicamente se habla de la afectación a los intereses económicos de la entidad, es decir, el erario público administrado por dicho gobierno local, ello debido a que tal negligencia generó la imposición de una cuantiosa multa por parte de la autoridad de administración tributaria.

Otro de los supuestos identificados está relacionado al grado de jerarquía y especialidad del servidor civil que comete la falta, precisando que mientras mayor sea la jerarquía y especializadas sus funciones, es mayor su deber de conocerlas y aplicarlas, entendiéndose que la responsabilidad será mayor. Se tiene que en el presente caso el procesado ostentaba el cargo de Subgerente de Gestión del Talento

Humanos, es decir, se cumple con ambos supuestos, tanto la jerarquía y la espacialidad de las funciones asignadas.

Por último, la autoridad identifica como tercer supuesto de graduación la continuidad en la comisión de la falta, y eso se refleja en la que la remisión extemporánea de la información esencial para proceder con la declaración del PDT PLAME, ocurrió en dos meses seguidos, diciembre de 2018 y enero de 2019.

Nótese entonces que, en principio, estos 3 supuestos son lo que marcarán la pauta a la autoridad sancionadora para fijar la sanción disciplinaria, y de hecho, sirven para que la autoridad competente decida imponer una sanción de 90 días de suspensión, apartándose inclusive de lo recomendado por la autoridad instructora, quien luego de determinar responsabilidad administrativa, sugirió la imposición de 60 días de suspensión.

Sin embargo, ¿por qué no se sancionó con 365 días de suspensión? Sobre todo si el perjuicio fue de tal magnitud. Pues existen distintos aspectos que quizá no se aprecien a primera vista, pero que son capaces de orientar al sancionador a imponer sanciones menos gravosas de las que se podría esperar, tal es el caso de los antecedentes del servidor procesado, o si se trata de una falta de naturaleza culposa y no dolosa.

1.2.2 Aplicación del principio de razonabilidad

La presente investigación no está dirigida a un análisis exhaustivo del principio de razonabilidad, sin embargo resulta indispensable traer a colación lo que la doctrina y la norma ha establecido respecto a la razonabilidad como un principio rector y limitante del ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria conferido a las entidades como empleadores, a través de las autoridades identificadas para dicho fin.

Al respecto precisa Pilotto Carreño, “...este principio resulta de mayor importancia en aquellas circunstancias en las cuales la normativa impone una amplia libertad al criterio de una persona, teniendo presente lo difícil que resulta prevenir todas las posibilidades que pudieran presentarse...” (2009, p.616), constituyéndose en un límite para el empleo de criterios antojadizos y arbitrarios, lo cual se puede dar cuando determinadas facultades otorgados por la norma gozan de amplio margen de flexibilidad, situación que comúnmente se da cuando nos encontramos en una relación de subordinación y sujeción del trabajador a la dirección del empleador.

Tal como precisa Blancas, la proporcionalidad, que no es otra cosa que la objetiva aplicación del principio de razonabilidad, consiste en atribuir una connotación, tal como la gravedad, a la conducta infractora que ha exhibido el servidor imputado, y que, claramente, esto justifique la aplicación de una sanción, como podría ser el despido. Señala asimismo que respecto a la clasificación de gravedad de las faltas tipificadas, existe determinado margen de apreciación respecto a su naturaleza, ya que esta muchas veces no está directamente vinculado con la falta en sí, sino con aspectos que la enmarcan, tal como la reincidencia, la continuidad. (2013, p.297)

Claro está que, tal como acertadamente señala Pilotto Carreño, no solo deben observarse las circunstancias que contextualizan el hecho reprochable sino también quién es el trabajador infractor, el nivel y su jerarquía, su grado de especialidad, así como sus antecedentes en lo que respecta a sus méritos y deméritos (2009, p.619)

En esa línea, corresponde traer a colación el fundamento jurídico 9 de la STC N°00535-2009-PA/TC, se sostiene que *“el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se deber efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El*

resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional”, mientras que el fundamento jurídico 18 precisa que *“una vez establecida la necesidad de la medida de sanción (...) entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso”*. Tal como veremos más adelante, esta elección no se da únicamente por mera discrecionalidad de la autoridad a cargo de la imposición de las sanciones, sino que este debe sujetarse también a las reglas ya establecidas por la norma.

Adicionalmente, el artículo 248°, numeral 3 del TUO de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el DS N°004-2019-JUS, establece que las sanciones que se vayan a aplicar deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, estableciendo para tal efecto determinados criterios de graduación, en parte parecidos a los establecidos en el artículo 87° de la Ley del Servicio Civil, con la diferencia que se considera el perjuicio económico causado y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. Al respecto es necesario recordar que si bien estos principios también rigen sobre las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario, son en esencia principios que rigen sobre la potestad sancionadora de las entidades.

Entonces queda claro que la razonabilidad nos exige llevar el análisis y apreciación un poco más allá de lo que primera vista podemos ver, se necesita una visión holística del hecho, y tomar en cuenta también aquellos márgenes que nos permitirán moldear las decisiones de las autoridades a cargo del procedimiento administrativo disciplinario. Esto implicaría aplicar sanciones que siendo menos gravosas para el servidor, cumplan el objetivo, corregir conductas y salvaguardar el interés público. No es aceptable la aplicación arbitraria, evidentemente en perjuicio del trabajador, de sanciones que no resistan el mínimo análisis de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo que se debe tener en cuenta que la vulneración de estos principios en la imposición de sanciones constituye un vicio insuperable en el contenido de un acto administrativo y en su finalidad.

Se debe buscar el equilibrio entre la sanción a aplicar y la finalidad que se persigue. Tomando en cuenta que las medidas disciplinarias buscan corregir conductas, desincentivar la comisión de nuevas faltas como mecanismo disuasivo y proteger el interés público a través del adecuado funcionamiento del Estado y sus organizaciones (Boyer, 2017, p.33), y por otro lado, se deben aplicar sanciones que no resulten del todo perjudiciales para el servidor, más allá de lo razonable, sobre todo si tomamos en cuenta el impacto que estas tienen en el servidor y en su entorno, así por ejemplo tenemos la destitución, equiparable al despido en el régimen de la actividad privada, el mismo que en palabras de Baylos y Pérez Rey, si bien responde al poder privado de la empresa conferido por la facultad de dirección, “...como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado – el no-trabajo – en donde se plantea la pesadilla del sin-trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales” (2009, pp.45-46)

En un marco general, debe entenderse que la razonabilidad en la aplicación de sanciones constituye un muro de contención frente la arbitrariedad en la que pudieran incurrir las autoridades, en salvaguarda del interés general. Al respecto hay muchos pronunciamientos del nuestro Tribunal Constitucional, tal como la contenida en el fundamento 6 de la STC N°4394-2004-AA/TC, en el que se precisa que la determinación de sanciones no implica un razonamiento mecánico sino una apreciación razonable de los hechos.

Es posible entender entonces que la determinación e imposición de sanciones no constituye una libertad absoluta atribuida a la autoridad, sino que debe responder al equilibrio entre la finalidad pública y la afectación, estrictamente en lo necesario, de los derechos de aquellos sometidos a un procedimiento administrativo disciplinario. Al respecto el Tribunal Constitucional en el fundamento 35 de la STC N°0090-2004-AA/TC, señala que “...la razonabilidad

comporta una adecuada relación lógico – axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado”.

1.2.3 Atenuantes, eximentes y antecedentes del servidor procesado

En este extremo es necesario traer a colación lo establecido por el artículo 103° del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, norma que únicamente establece como atenuante de responsabilidad, previamente al inicio de procedimiento administrativo disciplinario, a la subsanación voluntaria por parte del servidor a quien se le hubiera imputado el acto y omisión constitutivo de infracción.

Por su parte, el TUO de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su artículo 157° numeral 2, establece cuáles serían estas causales que atenuarían la responsabilidad administrativa, constituyéndose únicamente la considerada en el literal a) que señala que si iniciado un procedimiento administrativo sancionar el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. Esto evidentemente se sumará al catálogo de atenuantes de posible aplicación para cada caso en particular.

Ahora bien, respecto a los eximentes, el artículo 104° de la Ley del Servicio Civil establece un amplio catálogo de estos supuestos, que en definitiva libraría al servidor procesado de toda responsabilidad y de la aplicación de una sanción. Estos supuestos son:

(...)

- a) Su incapacidad mental, debidamente comprobada por la autoridad competente.*
- b) El caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobados.*
- c) El ejercicio de un deber legal, función, cargo o comisión encomendada.*
- d) El error inducido por la Administración, a través de un acto o disposición confusa o ilegal.*

- e) *La actuación funcional en caso de catástrofe o desastres, naturales o inducidos, que hubieran determinado la necesidad de ejecutar acciones inmediatas e indispensables para evitar o superar la inminente afectación de intereses generales como la vida, la salud, el orden público, etc.*
- f) *La actuación funcional en privilegio de intereses superiores de carácter social, o relacionados a la salud u orden público, cuando, en casos diferentes a catástrofes o desastres naturales o inducidos, se hubiera requerido la adopción de acciones inmediatas para superar o evitar su inminente afectación.*

Está claro que de observarse la presencia de uno de estos supuestos, la autoridad sancionadora está en la obligación de abstenerse de aplicar cualquier tipo de sanción.

Respecto a los eximentes, el artículo 257° numeral 1 del TUO de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, contiene una particularidad, y es que justamente contiene prácticamente los mismos eximentes que la norma que reglamenta la Ley del Servicio Civil, salvo la contenida en el literal f), la misma que está referida a la subsanación voluntaria con anterioridad a la imputación de cargo. Como sabemos, para efectos del procedimiento administrativo disciplinario, este supuesto está considerado como atenuante, mas no como eximente, por ende es necesario reparar en ello y preferir, por obvias razones, las disposiciones de la norma especial.

Por último, respecto a los antecedentes del servidor procesado, no existe mayor complejidad al respecto. La norma obliga a la autoridad competente a evaluar los antecedentes del trabajador, entendiéndose que la exigencia está en valorar los méritos y deméritos del servidor así como el grado de instrucción (dependiendo del tipo de infracción cometida). Siendo que un historial negativo o positivo, pueden generar que el criterio y decisión de la autoridad a cargo de la imposición

de la sanción, se enrumbe hacia una medida disciplinaria, agravada o atenuada, respectivamente (García, 2010, p.156)

Capítulo II

2.1 Análisis de los principios de legalidad y tipicidad en la toma de decisiones de las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario

Para el análisis de este punto, es necesario remitirse a Resolución de Sala Plena N°001-2019-SERVIR/TSC, a través del cual el Tribunal del Servicio Civil establece precedentes administrativos de respecto a la aplicación del principio de legalidad y tipicidad. En lo que se refiere al principio de legalidad, el tribunal lo define como fundamento y límite al ejercicio de la facultad disciplinaria a cargo del Estado. Se habla de una estricta subordinación de la administración pública a la Constitución y la ley, implicando esto que únicamente se puede realizar lo regulado, descartándose toda actuación arbitraria. Este principio constituye una garantía para los administrados frente al accionar del Estado, para el caso en concreto, para los servidores públicos sometidos a un procedimiento administrativo disciplinario.

Asimismo, el artículo 248° numeral 1) del Texto Único Ordenado de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se remite al principio de legalidad, entendiendo por este que, solo por ley se puede otorgar a las autoridades la potestad de sancionar y definir las sanciones que se impondrá frente a un hecho constitutivo de infracción. En ese sentido, tenemos a la potestad disciplinaria de la Ley del Servicio Civil, atribuida a las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario (jefes inmediatos, jefes de recursos humanos y máximas autoridades administrativas) y a las consecuencias jurídicas frente a las infracciones, siendo estas, las amonestaciones verbales, escritas, las suspensiones sin goce de remuneraciones, las destituciones y las inhabilitaciones.

En esa línea el Tribunal Constitucional, en el fundamento 3 de la STC N°0197-2010-PA/TC, precisa que para poder imputar la comisión de una falta, esta debe estar

contemplada como tal en la norma, y que tampoco se puede aplicar una sanción si es que no ha sido previamente determinada como consecuencia de la comisión de la infracción administrativa. Es evidente entonces la subordinación a la que se encuentra sujeto el Estado como empleador a lo previamente establecido por la ley, al momento de ejercer la facultad disciplinaria que le ha sido atribuida.

Por otro lado, tenemos al principio de tipicidad, el mismo que se encuentra regulado en el numeral 4) del artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley N°27444, entendido también como un límite a la actuación de la administración y las indeterminaciones a las que puede estar sometido un procedimiento administrativo sancionar, y una garantía para los administrados. Este principio establece que únicamente son sancionables aquellas conductas que hayan sido consideradas o tipificadas como infracciones en una norma con rango de ley. Así lo ha recogido el Tribunal Constitucional en el fundamento 9 de la sentencia N°2050-200-AA/TC, que “no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2° 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...”.

Entonces, para el caso en concreto, tanto el principio de legalidad como el de tipicidad evidencian aspectos esenciales para el ejercicio de la potestad disciplinaria, siendo que para el caso de la competencia de las autoridades a cargo del procedimiento disciplinario, es la Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, la que otorga estas facultades.

En lo que respecta a las sanciones aplicables a los servidores que incurran en hechos constitutivos de infracciones, los artículos 88°, 89° y 90° de la misma ley, establece que las sanciones, según la gravedad de las faltas, son la amonestación verbal y escrita, suspensión sin goce y destitución.

Y por último, respecto a la tipificación, se tienen las faltas consideradas en el artículo 85° de la referida ley, las mismas que, por mandato expreso, se sancionan con suspensión

o destitución, sin embargo, se tienen determinadas particularidades, tal como las faltas tipificadas en el artículo 98.2 del artículo 98° del Reglamento General de Ley del Servicio Civil, que no es más que es desarrollo del tipo genérico considerado en el literal a) del citado artículo 85°.

Así también, la norma no ha descartado las faltas consideradas en la Ley del Código de Ética de la Función Pública así como en la Ley N°27444, habilitando a las autoridades, para que de manera residual, puedan sancionar en base a la tipificación contenida en dichas normas.

No se puede dejar de lado lo establecido en el artículo 98.1 del Reglamento General, en lo que respecta a las faltas leves y la aplicación de las sanciones de amonestación verbal y escrita, habilitando a la administración para tal efecto a tipificar en sus respectivos Reglamento Internos de Trabajo, aquellas conductas consideradas como leves.

Claro está entonces que el marco habilitante para el ejercicio de la potestad sancionadora disciplinaria existe; sin embargo, aun con todos estos aspectos aparentemente bien estructurados, es evidente que no todo está estrictamente determinado por la norma, ya que queda siempre un margen de acción para las autoridades que debe ser cubierto a través de la valoración objetiva de los hechos y la discrecionalidad para fijar el tipo de sanción a imponer, claro está, en observancia del principio de razonabilidad, descartándose la libre voluntad del que decide (Cassagne, 2009, p.87). Este último aspecto, considero importante desarrollar con mayor profundidad a fin de entender, si realmente el accionar a las autoridades se mantiene dentro de los márgenes de la discrecionalidad, o escapan al campo irracional e irrazonable de la arbitrariedad.

2.2 De la discrecionalidad y su aplicación en la determinación e imposición de sanciones disciplinarias

En principio debemos despojarnos de la idea de que las potestades discrecionalidades son de alguna manera contraria a derecho o que apertura el camino para que las

autoridades adopten decisiones arbitrarias, cuando en realidad, tal como menciona Vignolo Cueva “son esenciales en cualquier toma de decisiones públicas, y por tanto, no tienen por qué ser necesariamente arbitrarias ni ajenas al mundo del Derecho” (2012, p.32).

Estas potestades discrecionales, tal como menciona Baca, no se generan a partir de una falta o deficiente regulación de un aspecto en concreto, ya que su ejercicio necesariamente debe estar autorizado por el ordenamiento jurídico, es decir, no admite la toma de decisiones caprichosas e irrazonables. Es la ley la que atribuye competencias y atribuciones, dejando a la administración, muchas veces, ciertos márgenes de actuación, cierta libertad para tomar decisiones, aunque limitada por la necesidad de equilibrar los intereses involucrados, tanto el general como el particular (2012, p.185)

Para el caso de los procedimientos administrativos disciplinarios, tal como ya hemos mencionado líneas arriba, en el análisis del principio de legalidad y tipicidad, es la Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, la que le atribuye la facultad de determinar responsabilidades a la autoridad instructora del procedimiento e imponer sanciones a la autoridad sancionadora, pudiendo desempeñar este rol, de acuerdo al tipo de falta propuesta por el Secretario Técnico del PAD, el jefe inmediato del servidor imputado (para el caso de amonestación escrita), el jefe de recursos humanos (para el caso de suspensión sin goce de remuneraciones) y máxima autoridad administrativa (para el caso de destitución).

Respecto a las conductas constitutivas de infracciones, los tipos sancionables están descritos tanto en la Ley del Servicio Civil, como en su Reglamento General, siendo que para el caso de las faltas descritas en el artículo 85° de la dicha ley, corresponde la aplicación de la sanción de suspensión o destitución. Sin embargo, no hay una total cobertura por parte de la norma respecto a las medidas que específicamente se deben adoptar frente a estos hechos.

Nos referimos a que, a diferencia del ámbito de un procedimiento sancionador en el que se cuenta con sanciones específicas para hechos específicos sin mediar mayor valoración o interpretación, para el caso de los procedimientos administrativos disciplinarios una conducta catalogada como grave o muy grave puede ser sancionada, en la práctica actual, y de acuerdo al “criterio” de la autoridad con una destitución, suspensión o una amonestación escrita, o contrario sensu, una infracción que razonablemente no ameritaría una sanción de más de cinco días de suspensión, puede ser agravada para imponer sanciones que obviamente generan un mayor perjuicio al servidor imputado, lo cual no responde a la finalidad del ejercicio de la facultad disciplinaria.

Esto evidentemente demuestra cómo se van manejando las autoridades, y hasta cierto punto nos impone la obligación de entender la diferencia entre lo que es la discrecionalidad para toma de decisiones en base a una adecuada valoración de los hechos y demás aspectos importantes y el accionar arbitrario de aquel que tiene capacidad para imponer sanciones. Al respecto, Morón Urbina, es claro en señalar que la potestad sancionadora contiene ciertos márgenes de discrecionalidad, pero con reglas que la limitan, las mismas que posibilitan diferenciar entre un acto razonable y objetivamente fundamentado de uno arbitrario e irracional que no responde al fin perseguido. Esta limitada libertad se verá reflejada en la valoración de la totalidad de los aspectos que contextualizan el hecho materia de reproche y en la determinación de la sanción a imponer, entre las que la norma ha consignado, al amparo del principio de razonabilidad (2017, p.400).

En palabras de Zegarra Valdivia, “...la discrecionalidad surge como consecuencia de la regulación que la ley realiza de las potestades administrativas, lo cual implica distinguir entre potestades regladas y potestades discrecionales...en el caso de la discrecionalidad no nos encontramos ante una mera aplicación de la ley, ya que ésta no ha determinado el modo en que debe operar la Administración, sino que además, ha remitido la integración de la norma a una estimación de la propia Administración de lo que deriva que otra de las características de la discrecionalidad sea la «indiferencia» que implica que la Administración pueda elegir entre varias soluciones. Luego, lo que caracteriza la

discrecionalidad administrativa sería la facultad de la Administración de elegir entre diversas opciones dentro de un marco de referencia”. (2006, p.36). Claramente, para el caso de la actuación de las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario, se tiene un marco habilitante para la determinación de responsabilidades y la aplicación de sanciones, sin embargo, se tiene tal indeterminación respecto al tipo de sanción aplicable para cada caso que, necesariamente, debe existir una estimación discrecional de la autoridad, tomando en cuenta, como ya se dijo, los hechos que contextualizan la falta, los atenuantes, eximentes, los supuestos de graduación, y demás aspectos que quizá a un nivel subjetivo oriente determinada decisión.

Al respecto, Rotondo identifica dos momentos claves en el accionar de la administración. Considera que en la identificación y verificación del hecho constitutivo infracción no puede actuar la discrecionalidad de la autoridad, ya que esta es de comprobación objetiva, y menos en lo que respecta a su calificación, es decir, al proceso de subsunción para la tipificación del acto reprochable; sin embargo, admite que en un segundo momento, sí hay discrecionalidad, limitada, pero está presente en la determinación de las consecuencias jurídicas por el hecho reprochable de acuerdo a las competencias atribuidas al administrador (2016, p.138), y de acuerdo a los tipos de sanción ya establecido por la ley.

Entendemos entonces que hay libertad de elección, una otorgada por el ordenamiento jurídico a las autoridades para elegir lo más conveniente para el interés público, entre varias opciones igualmente válidas. (Zegarra, 2006, p.40). No debemos olvidar que esta discrecionalidad carecería de validez, así como toda decisión adoptada por la autoridad, si es que van más allá de los límites constitucionales. Acertadamente Vignolo precisa que esta facultad no nace de hecho, sino que es concedida por la ley, y controlada por esta, siendo que “...la discrecionalidad no supone ausencia sino que, todo lo contrario, presencia de la ley de la cual ella emana” (2012, p.129).

Tal como se puede apreciar, en el marco del procedimiento administrativo disciplinario regulado por la Ley del Servicio Civil, aun con toda la regulación aportada por esta

norma, y todos los criterios para determinar la responsabilidad administrativa y la imposición de sanciones, deja un margen para el accionar discrecional de las autoridades a cargo del procedimiento; sin embargo, es necesario llevar el análisis un poco más allá, sobre todo cuando dicho accionar muchas veces aparenta ser arbitrario, alejado de lo discrecional y, sobre todo, de lo razonable.

Se entenderá que es necesario dejar en claro que entre la discrecionalidad y el accionar arbitrario de las autoridades hay una gran diferencia, sobre todo porque este último carece de un fundamento objetivamente valorado, desconectado de la realidad que sirve de base a la toma de decisiones. Ello demuestra la necesidad contar con decisiones debidamente motivadas, toda vez que este requisito esencial nos permitirá diferenciar entre una y otra, entendiendo que la legalidad del acto que contiene la decisión de la autoridad a cargo del procedimiento provendrá de cuan objetivos y racionales sean sus fundamentos, y el equilibrio que exista entre la causa (hecho reprochable) y el fin perseguido (Rotondo, 2016, p.139).

La motivación pues, además de ser un requisito esencial para la validez de todo acto administrativo, constituye una de las principales garantías consagradas a través del principio del debido procedimiento, no siendo la excepción el procedimiento administrativo disciplinario. A través de esta, como ya se ha mencionado, se podrá conocer el por qué la autoridad tomó una decisión y no otra, también válida para el fin esperado, ya que esta obliga a la administración a mantenerse dentro de los límites de la objetividad y racionalidad (Rodríguez – Arana, 2011, pp.216, 217).

Se aprecia, entonces, que tan íntima es la relación existente entre la discrecionalidad y la debida motivación de las decisiones a cargo de la autoridad competente, pudiendo decir que esta última es elemento esencial y fundamental de las potestades discrecionales atribuidas.

2.3 De la arbitrariedad y su presencia en la determinación e imposición de sanciones disciplinarias, como contraposición al principio de razonabilidad y debida motivación

No cabe duda que la arbitrariedad en las actuaciones de las autoridades a cargo de imponer sanciones en los procedimientos administrativos disciplinarios está proscrita, es más, probablemente todos tengamos interiorizada la idea de que la administración debe ejercer sus atribuciones respetando las garantías que el ordenamiento jurídico ha consagrado a todos aquellos que tratamos con el estado, independientemente de la naturaleza de vínculo, ya sea como un administrado cualquiera o como servidor público.

Con el presente trabajo no se busca dar una explicación científica del por qué la arbitrariedad en la actuación de las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario resulta ser nocivo para el funcionamiento de la administración y los derechos y garantías reconocidas a los servidores públicos, en realidad, se da por sentada la idea de que esto es así, sobre todo cuando tenemos presente la interdicción de la arbitrariedad, que si bien no está reconocido en nuestra Constitución es aceptado y permanentemente desarrollado por el supremo interprete de nuestra carta magna; por el contrario, lo que se busca es partir de esta idea para analizar distintos casos traídos de la realidad y entender de qué manera vienen trabajando las autoridades en la aplicación de las sanciones de índole disciplinario.

Los actos discrecionales a cargo de las autoridades disciplinarias, y toda autoridad administrativa en general, no pueden ser arbitrarios, esta es una máxima que debemos interiorizar al momento de evaluar cómo es que un procedimiento administrativo disciplinario ha concluido. Como ya se referido en el numeral anterior, el punto de partida para identificar y diferenciar un acto discrecional de uno arbitrario, es la motivación que se haya aportado, sabiendo que la discrecionalidad es el margen de libertad que tiene la autoridad por disposición de la norma para decidir, entre varias opciones, en un caso concreto (Baca, 2012, p.187).

Para mayor abundamiento, consideramos pertinente traer a colación el interesante análisis efectuado por Baca Oneto (2012) respecto a la STC contenida en el Expediente N°009-2004-AC/TC, a través del cual se desarrollan conceptos tanto de la discrecionalidad como de la actuación arbitraria reflejada en la falta de motivación. Al respecto, el autor señala que “la contrapartida de la discrecionalidad, permitida por el ordenamiento jurídico, sería la arbitrariedad, presente cuando una decisión es contraria a la razón” (pp. 183). Concordado este criterio con el fundamento 12 de la citada sentencia, según el cual la medida que se adopte para determinado caso, será razonable en tanto no solo se sustente en mero criterio de quien resuelve sino en los principios y normas, caso contrario estaremos ante una medida arbitraria, entonces, antijurídica.

En este punto de desarrollo, entendiendo lo que es el accionar discrecional de la autoridad y la necesidad de motivación en base a criterios objetivos y razonables, es necesario preguntarse si la falta de motivación hace arbitraria una decisión. Al respecto Baca refiere que el papel de la motivación es trascendente, ya que de su análisis se podrá determinar los fundamentos empleados por la autoridad y, sobre eso, determinar si dicha decisión es razonable o arbitraria. Agregando que de plano podríamos suponer o presumir que un acto carente de motivación es arbitrario (2012, pp.193, 194). Sin embargo, esto no es del todo determinante, ya que se puede incorporar motivaciones deficientes, parciales o ausente, lo cual acarreará la nulidad del acto, mas no su calificación como arbitrario, esto definitivamente, requiere un análisis profundo.

Lo que no se debe perder de vista la exigencia que recae sobre el accionar de la autoridad, en este caso, de la autoridad facultada para imponer sanciones disciplinarias, esto es que debe estar fundamentada sobre razones objetivas y no absurdas valoraciones, ya que “el acto con motivos que justifiquen su pronunciamiento aparece como la antítesis del acto arbitrario” (Vignolo, 2012, p.109)

No está de más señalar que las decisiones adoptadas por las autoridades en el marco de la discrecionalidad atribuida por la norma, está sujeta a control jurisdiccional, ello en

aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual exige que dichas decisiones se encuentren debidamente fundamentadas y motivadas, que guarden relación con el hecho cuestionado y la finalidad pública, y soporten los análisis de razonabilidad a las que se les pudiera someter.

Queda claro entonces, tal como menciona Vignolo, que tanto la facultad discrecional atribuida a la autoridad de la que tanto hemos hablado, como la voluntad de la misma, están sujetas a límites, hablamos de un margen de libertad, mas no de una potestad de gran amplitud e ilimitada, ir mas allá de esto, implicaría, sin duda alguna, haber incurrido en un acto arbitrario, por más motivación que pretendamos otorgarle.

Capítulo III

Las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario y su actual desempeño en la determinación y aplicación de sanciones disciplinarias. Análisis de determinados pronunciamientos de las autoridades sancionadoras y del TSC.

El objetivo del presente trabajo va más allá de la conceptualización de determinadas instituciones jurídicas que rigen sobre el procedimiento administrativo disciplinario, aunque es necesario tenerlos siempre presente, sino también busca formular una crítica al accionar de las autoridades disciplinarias al momento de valorar las circunstancias que enmarcan a los hechos reprochables, y determinar las sanciones a aplicar.

A efectos de desarrollar este capítulo, se traerá a colación determinados casos relacionados a faltas administrativas disciplinarias puntuales que en su momento fueron sometidas a procedimiento administrativo disciplinario, de las que se podrá advertir

- Respecto a la falta administrativa contenida en el literal d) del artículo 85° de la Ley del Servicio Civil, a través de la cual se tipifica la negligencia en el desempeño de las funciones, es necesario precisar que este tipo de falta es catalogada como de “remisión”, debido a su generalidad, por ello es necesario que se identifiquen otras normas que hayan

establecido previamente las funciones que los servidores imputados estaban obligados a cumplir.

En el presente se imputa a la servidora de iniciales V.V.CH.S. la comisión de la infracción tipificada en el literal d) del artículo 85° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, la cual establece como falta de carácter disciplinario **LA NEGLIGENCIA EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES**, por haber, en su condición de Cajera General de la Subgerente de Tesorería, omitido reportar de manera oportuna a la entidad la existencia del faltante de S/ 90 000,00 correspondientes a la recaudación del Centro de Atención al Ciudadano, retirados indebidamente por el entonces Subgerente de Tesorería en fecha 27 de noviembre del 2015; siendo el caso que de acuerdo a sus competencias funcionales establecidas en los literales e), f) y g) del numeral 6.4 de la Directiva N° 006-2010- MSS, normas para el funcionamiento y administración de las cajas recaudadoras, estuvo en condiciones de advertir tales circunstancias y consecuentemente de reportar las mismas, tal cual lo exige el literal h) de la norma acotada, advirtiéndose la ausencia de una acción que la referida servidora tenía obligación de realizar y que estaba en condiciones de hacerlo.

Cabe resaltar que esta servidora, en un primer momento es investigada y procesada con una prognosis de sanción igual a la destitución, ello debido a que había tomado pleno conocimiento de los hechos y encubierto la falta, según manifiesta, por miedo a perder el puesto de trabajo. Sin embargo fue sancionada con 180 días de suspensión a través de la Resolución N°013-GM-MSS, de fecha 03 de marzo de 2020, la misma que fue declarada nula por el Tribunal del Servicio Civil a través de Resolución N° 002185-2020-SERVIR/TSC-PRIMERA SALA de fecha 04 de diciembre del 2020, por la vulneración al principio de tipicidad.

Ahora bien, una vez reiniciado el procedimiento administrativo disciplinario, con la prognosis de suspensión sin goce de remuneraciones hasta por 180 días, respetando el principio de reformatio in peius, la autoridad sancionadora decide imponer la sanción de amonestación escrita a través de la Resolución N°367-2021-SGGTH-GAF-MSS de

fecha 15 de octubre de 2021, valorando únicamente los argumentos aportados por la parte procesada, claramente sobre una apreciación subjetiva de los hechos.

Aquí se puede advertir una mínima punición en contra de la imputada, en base a un criterio que no soporta el mínimo análisis de razonabilidad, toda vez que se advierte una conducta dolosa, un grave perjuicio económico para la entidad, las funciones de la imputada eran especializadas, y además ocultó la comisión de la infracción; es decir, se contaban con todos los argumentos para imponer una sanción que mínimamente se adecuara a lo recomendado por el Secretario Técnico del PAD y el Órgano Instructor. Tal como se puede apreciar, este tipo de medidas no responde a la finalidad del procedimiento administrativo disciplinario, ya que ni vela por el interés público, ni desincentiva la comisión de la infracción imputada.

- Respecto a falta tipificada en el literal e) del artículo 85° de la Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, según la cual es reprochable impedir el funcionamiento del servicio público.

En el presente caso, tenemos que con Resolución N°35-2021-GM-MSS, de fecha 14 de julio de 2021, se destituye a 40 servidores obreros de la entidad, ello debido a la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del artículo 85° de la Ley N°30057, Ley del Servicio Civil. Esto se habría dado en el contexto de la pandemia por la propagación del COVID – 19, y una manifestación en las afueras del local, por la cual se bloquearon las vías públicas y los accesos a las instalaciones de la entidad.

Esta sanción de destitución a todas luces resultaba desproporcionada, ya que no se acreditó objetivamente el perjuicio a la entidad y menos que no se haya podido prestar los servicios a la ciudadanía a causa de esta protesta, sin embargo las circunstancias en las que se llevó a cabo esta última así como la participación de más de 2 servidores, daban pie para la imposición de una sanción, pero no tan gravosa para los intereses de los servidores.

Ahora bien, haciendo uso del derecho a la defensa, la totalidad de servidores interponen recurso de reconsideración, alegando que en ningún momento tuvieron la intención de entorpecer las actividades de la entidad, y que estaban ejerciendo su legítimo derecho a la protesta y el reclamo de sus derechos laborales. En ese sentido, a través de la Resolución N°038-2021-GM-MSS, se procede con el archivo del caso, advirtiendo la inexistencia del elemento subjetivo doloso, y que los procesados no registraban antecedentes de índole disciplinaria.

Una vez más, se puede observar un accionar desproporcionado por parte de la autoridad a cargo de la imposición de sanciones. En un primer momento con la imposición de destitución, por un hecho que quizá no respondía frente al hecho reprochable, y en un segundo momento, con el archivo del procedimiento, dejando de lado todo análisis de proporcionalidad, así como la finalidad del procedimiento disciplinario. Situación que consideramos, va más allá de los márgenes de la discrecionalidad. Y es justamente esta una de las preguntas formuladas en la introducción del presente trabajo, ¿puede una autoridad dejar de ejercer la potestad sancionadora conferida por la ley? La respuesta evidentemente es negativa, ya que toda conducta infractora debe ser corregida, y es justamente la determinación de responsabilidades el mecanismo que la propia ley ha habilitado para tal fin.

- Por último, las faltas disciplinarias tipificadas en los literales c) y k) del artículo 85° de la Ley N°30057, Ley del Servicio Civil, según las cuales son hechos constitutivos de infracción, los actos de violencia y el hostigamiento sexual.

En el presente caso se tramita el procedimiento administrativo disciplinario en contra del servidor de iniciales L.O.G.M, con la prognosis de destitución, ellos debido a la gravedad del caso y de los bienes jurídicamente protegidos por el Estado que fueron vulnerados; sin embargo a través de la Resolución N°19-2020-GM-MSS, del 16 de marzo de 2020, se decide imponer la sanción de suspensión de 270 días, la misma que es confirmada por el Tribunal del Servicio Civil a través de la Resolución N°001780-2020-SERVIR/TSC-Primera Sala.

Este caso reviste situaciones particulares, ya que el imputado alega que los hechos materia de procedimiento pertenecen al ámbito privado de los involucrados, los mismos que tiene una hija en común, y que la entidad no debe entrometerse. Manifiesta además que los mensajes enviados a la otra parte fueron manipulados, sin ofrecer medio probatorio alguno que refuerce su defensa. Sin embargo, tanto la Secretaría Técnica del PAD como el órgano instructor coincidieron en que las faltas cometidas y las circunstancias en las que todo sucede resultan ser agravantes del hecho, a ello sumado que es una conducta dolosa que involucra la comisión de dos faltas, que la dignidad de la otra parte, como bien jurídicamente protegido por el Estado, se vio trastocada, lo cual ameritaba la imposición de la máxima sanción, mas cuando la conducta fue desplegada durante la prestación de servicios, constituyendo esto un riesgo inclusive para el resto de servidores públicos.

Es evidente que la sanción fue impuesta en base a una apreciación subjetiva del hecho ya que no se valoró objetivamente todas las aristas que caso involucraba, y aun cuando la sanción haya sido confirmada por el colegiado a cargo de la segunda instancia, consideramos que la conducta descrita, al trasgredir la totalidad de normas que regulan el servicio público, merecía una sanción ejemplar.

Conclusiones

1. Toda medida disciplinaria impuesta a un servidor, sobre quien recae la imputación de la comisión de una falta de naturaleza administrativa, debe observar los principios propios del procedimiento sancionador, tales como el de legalidad, tipicidad, debido procedimiento y razonabilidad, debiéndose velar porque se encuentre un equilibrio entre la hecho reprochable, la medida disciplinaria a imponer, el interés público y el interés del imputado.
2. A causa de la indeterminación de la norma respecto al tipo y al quantum de la sanción a imponer, el margen de discrecionalidad atribuido a la autoridad se verá reflejada, en el caso de los procedimientos disciplinarios, en la fase sancionadora, mas no en la

instrucción, toda vez que la determinación de la responsabilidad administrativa se dará en base a valoración objetiva de los hechos.

3. La potestad discrecional atribuida a una autoridad se concibe como aquel margen de libertad para decidir entre varios criterio validos respecto de un caso en concreto. Claro está que es la propia norma que atribuye dicha facultad, la que delimita el accionar de la autoridad, para el caso en concreto, a través del establecimiento de supuestos de graduación y los principios administrativos.
4. La potestad discrecionalidad no supone amplia libertad para adoptar caprichosamente determinadas decisiones, cruzar este límite implica la adopción de medidas arbitrarias en detrimento del imputado como del interés público, es por ello de la trascendencia y necesidad de motivar los actos que contienen medidas disciplinarias.
5. La motivación de las decisiones que adopten las autoridades del procedimiento administrativo disciplinario permitirán entender cuáles son aquellos criterios empleados para resolver el caso materia de controversia, o la elección de alguno de ellos; así como nos permitirá identificar si un acto es discrecional o arbitrario.

Bibliografía

Baca, V. (2012) “La Discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano” *Círculo de Derecho Administrativo*. Lima, 2012 número 11, pp 181-202.

Baca, V. (2007) “La potestad disciplinaria y el control por el Tribunal Constitucional de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura”. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*. Piura. 2007, Número 8.

[http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_el_control_de_las_decisiones_del_consejo_nacional_de_la_magistratura_\(version_con_bibliografia\).pdf](http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_el_control_de_las_decisiones_del_consejo_nacional_de_la_magistratura_(version_con_bibliografia).pdf)

Baylos A. y Pérez J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Editorial Trotta.

Blancas, C. (2013). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Juristas Editores.

Boyer, J. (2019). *El Derecho de la Función Pública y el Servicio Civil. Nociones Fundamentales*. Fondo Editorial de la PUCP.

Boyer, J. (2017). El procedimiento administrativo disciplinario: del crimen y castigo hacia una política de integridad. *Saber Servir: Revista De La Escuela Nacional De Administración Pública*, (1). Recuperado a partir de <http://revista.enap.edu.pe/article/view/1560>

Cassagne, J.C. (2009). La discrecionalidad administrativa. *Foro Jurídico*, (09), 82-91. Recuperado <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18518>

García, A. (2010). ¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial. *Gaceta Jurídica*.

Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N°27444*. (11° Ed., Tomo II). *Gaceta Jurídica*.

Pilotto, L. (2009). El principio de razonabilidad y la facultad disciplinaria del empleador. En SPDTSS, Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Laboral (2da. ed., pp. 605-624). Grijley.

Rodríguez-Arana J. (2011). Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. Derecho PUCP, (67), 207-229. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.010>

Rotondo, F. (2016) “Poder Disciplinario y Discrecionalidad”. Revista de Derecho Público N° 25, Lima pp. 135-148

Vignolo, O. (2012) Discrecionalidad y Arbitrariedad Administrativa. Primera Edición. Lima: Palestra Editores

Zegarra, D. (2006) Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo *excursus* (sus alcances en la doctrina española). Revista de Derecho Administrativo (1) pp. 33-62.