



"GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO"



RESOLUCIÓN GERENCIAL REGIONAL N° 0008 2018-GORE-ICA/GRDE

Ica,

16 MAR. 2018

VISTO:

La Hoja de ruta N°I-050159-2017 que contiene la Nota N°379-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-AL de fecha 24 de noviembre de 2017, el Recurso de apelación de fecha 17 de noviembre de 2017, presentado por por RICARDO GERMAN LENG CHOY, en representación del establecimiento de restaurante "DALI" con razón social "AZHAR GOURMET", mediante el cual se recurre la Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL y el Informe Legal N°007-2018-GORE.ICA/GRDE-DAR, de fecha 15 de marzo de 2018;

CONSIDERANDO:

Que, la Constitución Política del Perú, en su art.02 inc.20, reconoce el derecho de toda persona a "Formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.";

Que, en el derecho administrativo rige el principio de legalidad establecido en el numeral 1.1 del art. IV del Título Preliminar del cuerpo legal mencionado en el párrafo precedente, mediante el cual "Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.";

Que, así también es preciso señalar que los recursos administrativos, son los mecanismos por los cuales los administrados materializan su facultad de contradicción a que hace referencia el art. 215 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS;

Que, el Recurso de Apelación se encuentra regulado en el art. 218 del mismo cuerpo legal, el cual establece que: "El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico"; siendo su plazo de interposición de quince (15) días perentorios de notificado el acto administrativo, de conformidad a lo dispuesto en el art. 216.2 del Texto Único Ordenado indicado en párrafos precedentes;

Que, de igual manera el art. 11 del mismo TÚO, regula en su numeral 11.1. "Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley." Y en su numeral "11.2. (...) La nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o de apelación será conocida y declarada por la autoridad competente para resolverlo. Y en su art. 246 regula la potestad sancionadora de todas las entidades está regida, entre otros principios, por el de Tipicidad, según el cual sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria;

Que, el Reglamento de la "Ley que faculta al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo a tipificar infracciones por vía reglamentaria en materia de prestación de servicios turísticos y la calificación de establecimientos de hospedaje establece las Sanciones aplicables" - Ley N° 28868, establece que los prestadores de servicios de restaurante incurrir en conducta infractora sancionable, en los casos que se mencionan en el art. 14 de dicho reglamento;

Que, en el presente caso la Dirección Regional de Comercio Exterior de Turismo de Ica, en adelante DIRCETUR, identificó según Acta de Inspección N°072-2017-GORE.ICA/DIRCETUR-DT, de fecha 11 de agosto de 2017, que el establecimiento de restaurante DALI con razón social "AZHAR GOURMET", habría incurrido aparentemente en la infracción tipificada en el art. 14.10 del reglamento antes mencionado que establece "Incumplir los requisitos mínimos que sustentaron la expedición del Certificado categorización y/o calificación, contraviniendo los art. 25 y art. 26 del Reglamento y sus Anexos, en su caso." (Cuando menciona Reglamento, se refiere al Reglamento de Restaurantes aprobado por Decreto Supremo N° 025-2004-MINCETUR), siendo pasible de la sanción "Cancelación del certificado de categorización y/o calificación de restaurante" tipificada en el mismo artículo;





Que, del análisis respectivo del expediente administrativo, se verifica que el establecimiento de restaurante DALI con razón social "AZHAR GOURMET", en adelante el administrado, presentó recurso de reconsideración de fecha 25 de setiembre de 2017, mediante el cual se recurre la Resolución Directoral Regional N°132-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, de fecha 28 de agosto de 2017 que resuelve sancionar mediante la cancelación del certificado de categorización y/o calificación de restaurante al administrado. Emitiendo la DIRCETUR la Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL de fecha 26 de octubre de 2017, declarando improcedente el recurso de reconsideración presentado, manifestando la no presentación de nuevas pruebas instrumentales de sustentación, presentando con fecha 17 de noviembre de 2017 recurso de apelación;

Que, del recurso de apelación formulado por el administrado, se puede verificar en el presente expediente administrativo que la administrada cumple con presentarlo dentro del plazo establecido por Ley, asimismo señala a través del mismo los posibles vicios de validez en los cuales se habría incurrido por lo que resulta necesario verificar la validez del acto administrativo recurrido; correspondiendo por ende verificar si la Resolución materia de impugnación se encuentra inmersa en alguna de las causales de nulidad establecidas en el TÚO de la Ley N° 27444;

Que en cuanto al recurso de reconsideración formulado contra la Resolución Directoral Regional N°132-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, alega haber planteado siete cuestiones de derecho distintas, como es la nulidad del acta de inspección pues según el administrado no contiene identificación de inspectores, la nulidad del oficio N°303-2017-GORE-ICA-GRDE/DIRCETUR-DT, notificación de cargo que viola el principio de presunción de licitud, pues asume la culpabilidad del administrado sin antes haber concluido el procedimiento administrativo sancionador, la nulidad de la Resolución Directoral Regional N°132-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, al no haberse notificado el informe final de instrucción y no dar oportunidad a los descargos correspondientes, así también indica no se ha diferenciado en el procedimiento la autoridad instructora y sancionadora, e igualmente alega que el indicado resolutivo es nulo porque presenta vicios en la motivación y el objeto, asimismo indica que sería nula porque viola el principio de razonabilidad en materia de potestad sancionadora ya que no se hizo ningún análisis de razonabilidad a los hechos imputados y finalmente alega que el restaurante si cumplía con las condiciones de uno de 5 tenedores. Asimismo en el recurso de reconsideración se ofrecieron seis pruebas según indica el administrado, Constancia Notarial y Policial de la misma fecha (pero en horas de la noche) en que realizó la inspección la DIRCETUR, la inexistencia del cargo del informe de instrucción, informe que debió emitir la DIRCETUR con relación a los inspectores autorizados, copia de relación de restaurantes de 5, 4 y 3 tenedores que están bajo el control de la DIRCETUR y las sanciones aplicadas, con la finalidad de probar un acto discriminatorio y arbitrario de la dirección, informe que debió emitir la DIRCETUR respecto a la distinción en su estructura de la autoridad instructora y sancionadora;

Que respecto a lo planteado por la administrada en el recurso de apelación formulado contra la Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, que declara improcedente el recurso de reconsideración formulado por el administrado se tiene lo siguiente:

Que, el administrado alega, que la resolución mencionada en el párrafo precedente es nula, porque se ha omitido la notificación del informe de instrucción, no permitiéndole al administrado presentar sus descargos, incumpliendo las garantías del procedimiento administrativo sancionador, también indica que esta entre otras cuestiones de derecho planteadas en el recurso de reconsideración no fueron absueltas en el acto administrativo que lo resolvió;

Al respecto, es pertinente indicar que efectivamente el art. 253 del TÚO de la Ley N° 27444, indica que las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a disposiciones como la que indica el art. 253.5 "Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda. Recibido el informe final, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción puede disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. El informe final de instrucción debe ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles." (El subrayado es nuestro).

Asimismo verificado el expediente administrativo, no se ubica cargo alguno de notificación del informe de instrucción al administrado. Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, siendo evidente en el presente caso la contravención al art. 253.5 del mismo TÚO, así como la violación al debido proceso, debido procedimiento y derecho a la defensa contenidos en la Constitución y las leyes al no remitir el indicado informe de instrucción e impedir el descargo correspondiente.





"GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO"



Asimismo se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, ya que revisado el acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración se tiene que no se ha tomado en cuenta tal alegación.

Que, el administrado alega, que este resolutivo es nulo porque se ha omitido hacer distinción entre la autoridad que instruye el procedimiento y la autoridad sancionadora, también indica que esta entre otras cuestiones de derecho planteadas en el recurso de reconsideración no fueron absueltas en el acto administrativo que lo resolvió;

Al respecto, es pertinente indicar que efectivamente el art. 252 del TÚO de la Ley N° 27444, indica que para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por lo indicado en el art. 252.1 *"Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción."*

Asimismo verificado el expediente administrativo, se tiene que no se ha cumplido con establecer en el procedimiento administrativo sancionador la debida separación entre la fase instructora y sancionadora, encomendándose éstas a autoridades distintas.

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, siendo evidente en el presente caso la contravención al art. 252.1.1 del mismo TÚO, así como la contravención al art. 246.2 del TÚO que textualmente indica *"Debido procedimiento.- No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas"*

Asimismo se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado que indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, ya que revisado el acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración se tiene que no se ha tomado en cuenta tal alegación.

Que, el administrado alega, que este resolutivo es nulo porque se ha omitido pronunciarse en su objeto o contenido sobre la cuestión de haberse violado el principio de proporcionalidad en la Resolución de sanción, la misma que vulnera el principio de razonabilidad en materia de potestad sancionadora, pues alega que no se hizo un análisis de razonabilidad de los hechos imputados, pues justamente omite mencionar hechos concretos y detallados en la parte resolutive de la sanción, siendo que el acta señala que el restaurante si cumple con las condiciones de calidad de 5 tenedores, también indica que esta entre otras cuestiones de derecho planteadas en el recurso de reconsideración no fueron absueltas en el acto administrativo que lo resolvió;

Al respecto, es pertinente indicar que efectivamente el art. 246 del TÚO de la Ley N° 27444, indica que la potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por principios especiales como el que indica el art. 246.3 *"Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) La probabilidad de detección de la infracción; c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; d) El perjuicio económico causado; e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción. f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor"*106."

Y así también el art.9 del Reglamento de la "Ley que faculta al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo a tipificar infracciones por vía reglamentaria en materia de prestación de servicios turísticos y la calificación de establecimientos de hospedaje y establece las Sanciones aplicables" - Ley N° 28868 indica la Graduación de la sanción y reincidencia de la conducta infractora, en sus numerales siguientes " 9.1 En la determinación del monto de la multa, o plazo de las sanciones de suspensión y cancelación deberá tenerse en cuenta lo siguiente: 1. El daño o perjuicio resultante de la infracción. 2. Los beneficios directos o indirectos obtenidos por el infractor como resultado de los actos que motiven la sanción. 3. Engaño y/o encubrimiento de hechos o situaciones. 4. El carácter intencional o negligente de la acción u omisión constitutiva de la conducta infractora. 5. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento administrativo sancionador. 6. La adopción de medidas de restitución urgentes o subsanación de irregularidades en que hubiere incurrido el infractor, realizadas hasta antes de vencido el plazo para presentar descargos. 7. Incumplimiento de las medidas de restitución a que se refiere el art. 8 del presente Reglamento. 8. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere la Autoridad Competente, los cuales deberán ser debidamente sustentados en el acto administrativo correspondiente. 9.2 En caso de reincidencia de la conducta infractora, la autoridad competente podrá aplicar una sanción más grave a la establecida para el caso."





"GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO"



Asimismo revisados los resolutivos, no se verifica que se haya realizado un análisis de racionalidad observando los criterios que se señalan a efectos de la graduación de la sanción. Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, siendo evidente en el presente caso la contravención al art. 246.3 del mismo TÚO, así como el art. 09 del Reglamento de la Ley N° 28868.

Asimismo se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado que indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, ya que revisado el acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración se tiene que no se ha tomado en cuenta tal alegación.

Que, el administrado alega, que este resolutivo es nulo por contravenir el art. 139.3 de la Constitución Política del Perú y el derecho constitucional al debido proceso y debido procedimiento;

Es pertinente indicar que efectivamente nuestra Constitución prescribe lo siguiente "Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3.-La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación."

Al respecto cabe indicar que el Tribunal Constitucional en la STC N° 0023-2005-AI/TC, ha precisado lo siguiente: "43.En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros)." (...) 48. Luego de haber precisado los elementos que se deben tomar en consideración para determinar el contenido constitucional del derecho al debido proceso, podemos establecer, recogiendo jurisprudencia precedente, que este contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer."

Es preciso reiterar que el art. 246.2 del TÚO de la Ley N° 27444, regula que la potestad sancionadora de todas las entidades estará regida por principios especiales como son el "**Debido procedimiento**", esto concordado con el art. IV que regula los principios del procedimiento administrativo y que en su numeral 2 señala "**Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.**"

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, siendo evidente en el presente caso la contravención al art. 139.9 de la Constitución Política del Perú y al TÚO mencionado, vulnerándose el debido proceso y debido procedimiento contenidos en la Constitución y las leyes.

Que, se advierte entonces de todo lo expuesto que el procedimiento administrativo sancionador, se encuentra viciado desde tanto en su desarrollo y conclusión del mismo;

Que, sin embargo es preciso indicar que revisado el expediente también se ha verificado dos aspectos el cuestionamiento del acta por parte del administrado y del Oficio de cargo con el que, en teoría, debería iniciar el procedimiento administrativo sancionador;

Que, en cuanto al acta de inspección el administrado señala que es nula pues no contiene identificación de inspectores, al respecto es preciso indicar que el art. 253 del TÚO de la Ley N° 27444, indica respecto al procedimiento sancionador que las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: "1.El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia. 2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación."(el subrayado es nuestro);





"GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO"



Pudiéndose inferir, que el acta de inspección como tal, es solo una actuación previa de carácter preliminar y no forma parte del procedimiento administrativo sancionador, por lo que no será materia de evaluación su validez y consecuente nulidad, ya que se trata de un instrumento de la actividad de fiscalización regulada en el art. 237 y 238 del TÚO de la Ley N° 27444, por lo que respecto a ella en su momento la autoridad instructora del procedimiento, analizará y evaluará la realización de nuevas actuaciones de investigación según lo indica el art. 253 del TÚO de la Ley N° 27444, en sus numerales 3, 4, 5.

Que, ahora, en cuanto la nulidad del oficio N°303-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DT que también es alegada por el administrado en su recurso de reconsideración, se tiene que verificada la redacción del mismo, el indicado documento cumple con informar al administrado la irregularidad señalada en el acta de inspección, describiendo la infracción y la sanción por la cual se inicia el procedimiento, asimismo se le otorga el plazo de 5 días hábiles para que el administrado presente su descargo, sin embargo en la parte in fine del documento precisa "Hecho que no exime de la sanción administrativa aplicable (...)",

Al respecto, es preciso mencionar lo regulado por el TÚO de la Ley N° 27444, en cuanto al inicio del procedimiento administrativo sancionador: "Art. 252.- *Caracteres del procedimiento sancionador:* 252.1. *Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado entre otros por:* 3. *Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.*" "Art. 253.- *Procedimiento sancionador:* Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: 3. *Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del art. precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.*" (El subrayado es nuestro).

Teniendo en cuenta lo señalado en los párrafos precedentes, se puede inferir que la NOTIFICACIÓN DE CARGO, en nuestro caso el oficio en cuestión, debería limitarse solo iniciar el procedimiento sancionador, informando la potencial infracción cometida y la posible sanción a aplicarse, sin embargo con esta última acotación, referida al descargo que en su momento hiciera el administrado "Hecho que no exime de la sanción administrativa aplicable(...)", se evidencia la desnaturalización de la notificación a título de cargo, pues ya está asumiendo la culpabilidad del administrado informándole que no será eximido de la sanción cuando aún el administrado no presentaba su descargo, vulnerándose tanto las normas indicadas precedentemente y el principio de presunción de veracidad contemplado en el numeral 1.7 del art. IV del Título Preliminar del mismo TÚO, mediante el cual prescribe "Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario" y el principio de licitud contemplado en el art. 246.9. del mismo TÚO, mediante el cual regula los principios de la potestad sancionadora como "Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario."

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, que en el presente caso es evidente, la contravención al art. 252.1.3, el art. 253.3.5 y el numeral 1.7 del art. IV del Título Preliminar del TÚO de la Ley N° 27444.

Asimismo se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado que indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, ya que revisado el resolutivo que resuelve el recurso de reconsideración se tiene que no se ha tomado en cuenta tal alegación.

Que, por lo que hasta aquí, habiendo analizado a detalle los actuados en el presente procedimiento administrativo sancionador, se podría concluir que este se encuentra viciado desde su inicio, su desarrollo y conclusión del mismo;

Que, respecto al apartado 4.5 del escrito de apelación presentado por el administrado, en el cual hace referencia a la irrazonabilidad de los argumentos de la Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, que resuelve declarando improcedente el recurso de reconsideración presentado, manifestando la no presentación de nuevas pruebas instrumentales de sustentación;





"GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO"



Que, respecto a las siete cuestiones de derecho planteadas en el recurso de reconsideración ya mencionadas al inicio del presente documento y sobre las cuales he venido pronunciándome a lo largo del mismo, planteando que se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado que indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, y revisado pues el acto administrativo que resuelve el indicado recurso no ha tomado en cuenta varias de las cuestiones planteadas por el administrado;

Que, en cuanto a las seis nuevas pruebas de derecho presentadas en el indicado recurso, y sobre las cuales la DIRCETUR, indica que no son pruebas instrumentales y que para efectos de considerar el recurso presentado como uno de reconsideración debe determinarse nueva prueba distinguiéndose el hecho materia de la controversia que requiere ser probado y el hecho que es invocado para probar la materia controvertida. La DIRCETUR concluye al respecto, que no resulta idóneo presentar como nueva prueba una nueva argumentación jurídica sobre los mismo hechos y la presentación de dos constancias realizadas notarial y policial realizadas horas después de la inspección, hechos que según indica la DIRCETUR no hacen más que subsanar las irregularidades cometidas, argumentando que no sería entonces un recurso de reconsideración sino uno de apelación, ya que dichos argumentos se encontrarían destinados a debatir una diferente interpretación de las pruebas producidas, lo cual no podía ser dilucidado a través del recurso de reconsideración regulado en el art. 217 del TÚO de la Ley N° 27444, si no a través del recurso de apelación contenido en el art. 218 del mismo cuerpo legal;

Que, al respecto, y sin entrar a realizar una valoración de la pruebas, pues considero que éstas serán revisadas y reevaluadas y hasta en su momento, como ya lo mencioné precedentemente, la autoridad instructora del procedimiento, analizará y evaluará la realización de nuevas actuaciones de investigación según lo indica el art. 253 del TÚO de la Ley N° 27444, en sus numerales 3, 4, 5. Es preciso indicar que si era de sustento de la DIRCETUR, que el recurso presentado por el administrado no era uno de reconsideración, sino uno de apelación regulado en el art. 218 del mismo TÚO, indicando textualmente en el mismo resolutivo "resulta evidente que la empresa ha cometido un error de calificación de su recurso", al amparo del art. 84 del TÚO mencionado, que indica los deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, pueden ser entre otros "3. *Encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.*" Concordado con el "art. 221.- *Error en la calificación: El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.*" Debí la DIRCETUR, previa calificación del escrito y deducción de su carácter apelativo, dar trámite al recurso impugnativo interpuesto, sin embargo, la dirección decidió declarar improcedente el recurso y confirmar la recurrida;

Que, es pertinente mencionar también, que revisados los resolutivos impugnados, se tiene que al momento de imponerse la sanción "Cancelación del certificado de categorización y/o calificación de restaurante", sanción tipificada en el art. 14.10 del Reglamento de la "Ley que faculta al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo a tipificar infracciones por vía reglamentaria en materia de prestación de servicios turísticos y la calificación de establecimientos de hospedaje y establece las Sanciones aplicables" - Ley N° 28868, reglamento aprobado por Decreto Supremo N°007-2007-MINCETUR, no se verifica que se haya indicado el plazo que menciona el art.7 del reglamento en mención que prescribe que los prestadores de servicios turísticos y los calificadores de establecimientos de hospedaje son sujetos pasibles de una o más sanciones, entre ella la señalada en el "art.7.4 *Cancelación del derecho, autorización, concesión, designación, carné o certificación otorgada.- Es una sanción que se impone a las infracciones consideradas como muy graves y que supone el retiro o anulación de la autorización para la prestación de la actividad turística o el desempeño de la función calificadora hasta por cinco (5) años, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que se establecieron para que el administrado obtenga el derecho, autorización, concesión, designación, carné o certificación que ostenta. Sólo vencido el plazo de sanción, el administrado podrá volver a solicitar la autorización para la prestación de la actividad turística o el desempeño de la función calificadora.*" Por lo que la DIRCETUR, mediante la autoridad sancionadora, en su momento deberá especificar el plazo para el cumplimiento de la sanción, de concluir nuevamente en que se ha cometido la infracción;

Que, por tanto y en razón a lo antes expuesto y teniendo en cuenta las causales de nulidad que prescribe el TÚO de la Ley N° 27444, las mismas que han sido detalladas a lo largo del presente documento, debe declararse la nulidad del acto administrativo final, ya que deviene de un procedimiento administrativo sancionador con vicios trascendentes desde su inicio, desarrollo y conclusión del mismo y en conformidad con el art. 225.2 del TÚO de la Ley N° 27444, tenemos que constatada la existencia de causales de nulidad, y al no ser posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se recomienda disponer la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo, es decir evaluar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y de considerar la autoridad instructora necesaria su iniciación, formular la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, llevándose a cabo el indicado procedimiento respetando todos los principios contenidos en la Constitución Política del Perú y las normas que amparan este procedimiento.

De conformidad con los art.110 y siguientes del Reglamento de Organización y Funciones-ROF del Gobierno Regional de Ica, aprobado con Ordenanza Regional N°012-2017-GORE-ICA, la "Ley Orgánica de Gobiernos Regionales" Ley N°27867 y sus modificatorias;





"GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO"



SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- **DECLARAR LA NULIDAD** de la Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRECTUR-AL, por las consideraciones expuestas en la presente resolución y en consecuencia declarar la nulidad de todo el proceso administrativo sancionador.

ARTICULO SEGUNDO.- **DISPONER** la reposición del procedimiento, al momento en que el vicio se produjo, es decir evaluar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y de considerar la autoridad instructora necesaria su iniciación, debe llevarse a cabo respetando todos los principios contenidos en la Constitución Política del Perú y las normas que amparan este procedimiento. En consecuencia **REMITIR** el expediente administrativo a la Dirección Regional de Comercio Exterior y Turismo de Ica, a efecto que cumpla con lo dispuesto en el presente resolutivo.

ARTÍCULO TERCERO.-**NOTIFICAR**, la presente resolución a la Dirección Regional de Comercio exterior y Turismo y al administrado para su conocimiento y ejecución conforme a Ley.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE.



INFORME LEGAL N°007 -2018-GORE.ICA-GRDE-DAR

A: Ing. HUMBERTO MAX PATRUCCO ZAMUDIO.
Gerente Regional de Desarrollo Económico.

De: Abg. DORA ADRIANZÉN RODRÍGUEZ.
Asesora Legal de la GRDE.

Asunto: Recurso de Apelación interpuesto por RICARDO GERMAN LENG CHOY, en representación del establecimiento de restaurante "DALI".

Ref.: Hoja de ruta N°I-050159-2017.
Nota N°379—2017-GORE-ICA/DIRCETUR-AL

Fecha: Ica, 15 de marzo de 2018.

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al Recurso de Apelación interpuesto por RICARDO GERMAN LENG CHOY, en representación del establecimiento de restaurante "DALI" con razón social "AZHAR GOURMET", contra la Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, para informarle lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.1 Acta de Inspección N°072-2017-GORE.ICA/DIRCETUR-DT, de fecha 11 de agosto de 2017, mediante la cual se llevó a cabo la inspección multisectorial al prestador de servicio turístico, establecimiento de restaurante DALI con razón social "AZHAR GOURMET".
- 1.2 Oficio N° 303-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DT de fecha 14 de agosto de 2017, mediante el cual, se formula la respectiva notificación de cargo al administrado.
- 1.3 Escrito de fecha 17 de agosto del 2017, mediante el cual el administrado presenta su descargo.
- 1.4 Informe N°075-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DT-CEDVA de fecha 21 de agosto de 2017, mediante el cual la Dirección de Turismo realiza su informe técnico respecto al procedimiento sancionador.
- 1.5 Informe Legal N°097-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-AL de fecha 28 de agosto de 2017, mediante el cual el área legal de la DIRCETUR, emite su pronunciamiento sobre la conducta pasible de sanción del administrado.
- 1.6 Resolución Directoral Regional N°132-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, de fecha 28 de agosto de 2017.
- 1.7 Recurso de reconsideración de fecha 25 de setiembre de 2017, mediante el cual se recurre la resolución antes mencionada.
- 1.8 Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, de fecha 26 de octubre de 2017.
- 1.9 Recurso de apelación de fecha 17 de noviembre de 2017, mediante la cual se recurre la resolución antes mencionada.
- 1.10 Nota N°379-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL de fecha 24 de noviembre de 2017, mediante la cual se eleva al superior jerárquico el recurso antes indicado, para el pronunciamiento de la Gerencia Regional de Desarrollo Económico en segunda instancia.

II.- ANÁLISIS:

La Constitución Política del Perú, en su art.02 inc.20, reconoce el derecho de toda persona a "Formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición."

En el derecho administrativo rige el principio de legalidad establecido en el numeral 1.1 del art. IV del Título Preliminar del cuerpo legal mencionado en el párrafo precedente, mediante el cual "Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."

Así también es preciso señalar que los recursos administrativos, son los mecanismos por los cuales los administrados materializan su facultad de contradicción a que hace referencia el art. 215 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Abg. Dora Liz M. Adrianzen Rodriguez
ICAP. N° 3333

El Recurso de Apelación se encuentra regulado en el art. 218 del mismo cuerpo legal, el cual establece que: "El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico"; siendo su plazo de interposición de quince (15) días perentorios de notificado el acto administrativo, de conformidad a lo dispuesto en el art. 216.2 del Texto Único Ordenado indicado en párrafos precedentes.

De igual manera el art. 11 del mismo TÚO, regula en su numeral 11.1. "Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley." Y en su numeral "11.2. (...)La nulidad planteada por medio de un recurso de reconsideración o de apelación será conocida y declarada por la autoridad competente para resolverlo."

De conformidad con el art. 246 del Texto Único ya mencionado, la potestad sancionadora de todas las entidades está regida, entre otros principios, por el de Tipicidad, según el cual sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

Así el Reglamento de la "Ley que faculta al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo a tipificar infracciones por vía reglamentaria en materia de prestación de servicios turísticos y la calificación de establecimientos de hospedaje establece las Sanciones aplicables" - Ley N° 28868, establece que los prestadores de servicios de restaurante incurrir en conducta infractora sancionable, en los casos que se mencionan en el art. 14 de dicho reglamento.

En el presente caso la Dirección Regional de Comercio Exterior y Turismo de Ica, en adelante DIRCETUR, identificó según Acta de Inspección N°072-2017-GORE.ICA/DIRCETUR-DT, de fecha 11 de agosto de 2017, que el establecimiento de restaurante DALI con razón social "AZHAR GOURMET", habría incurrido aparentemente en la infracción tipificada en el art. 14.10 del reglamento antes mencionado que establece "Incumplir los requisitos mínimos que sustentaron la expedición del Certificado categorización y/o calificación, contraviniendo los art. 25 y art. 26 del Reglamento y sus Anexos, en su caso." (Cuando menciona Reglamento, se refiere al Reglamento de Restaurantes aprobado por Decreto Supremo N° 025-2004-MINCETUR), siendo pasible de la sanción "Cancelación del certificado de categorización y/o calificación de restaurante" tipificada en el mismo artículo.

Del análisis respectivo del expediente administrativo, se verifica que el establecimiento de restaurante DALI con razón social "AZHAR GOURMET", en adelante el administrado, presentó recurso de reconsideración de fecha 25 de setiembre de 2017, mediante el cual se recurre la Resolución Directoral Regional N°132-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, de fecha 28 de agosto de 2017 que resuelve sancionar mediante la cancelación del certificado de categorización y/o calificación de restaurante al administrado. Emitiendo la DIRCETUR Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL de fecha 26 de octubre de 2017, declarando improcedente el recurso de reconsideración presentado, manifestando la no presentación de nuevas pruebas instrumentales de sustentación, presentando con fecha 17 de noviembre de 2017 recurso de apelación.

Del recurso de apelación formulado por el administrado, se puede verificar en el presente expediente administrativo que la administrada cumple con presentarlo dentro del plazo establecido por Ley, asimismo señala a través del mismo los posibles vicios de validez en los cuales se habría incurrido por lo que resulta necesario verificar la validez del acto administrativo recurrido; correspondiendo por ende verificar si la Resolución materia de impugnación se encuentra inmersa en alguna de las causales de nulidad establecidas en el TÚO de la Ley N° 27444.

➤ En cuanto al recurso de reconsideración formulado contra la Resolución Directoral Regional N°132-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, alega haber planteado siete cuestiones de derecho distintas, como es la nulidad del acta de inspección pues según el administrado no contiene identificación de inspectores, la nulidad del oficio N°303-2017-GORE-ICA-GRDE/DIRCETUR-DT, notificación de cargo que viola el principio de presunción de licitud, pues asume la culpabilidad del administrado sin antes haber concluido el procedimiento administrativo sancionador, la nulidad de la Resolución Directoral Regional N°132-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, al no haberse notificado el informe final de instrucción y no dar oportunidad a los descargos correspondientes, así también indica no se ha diferenciado en el procedimiento la autoridad instructora y sancionadora, e igualmente alega que el indicado resolutivo es nulo porque presenta vicios en la motivación y el objeto, asimismo indica que sería nula porque viola el principio de razonabilidad en materia de potestad sancionadora ya que no se hizo ningún análisis de razonabilidad a los hechos imputados y finalmente alega que el restaurante si cumplía con las condiciones de uno de 5 tenedores.


Abg. Dora Liz M. Adrián Rodríguez
ICAP N° 3333

En el recurso de reconsideración se ofrecieron seis pruebas según indica el administrado, Constancia Notarial y Policial de la misma fecha (pero en horas de la noche) en que realizó la inspección la DIRCETUR, la inexistencia del cargo del informe de instrucción, informe que debió emitir la DIRCETUR con relación a los inspectores autorizados, copia de relación de restaurantes de 5, 4 y 3 tenedores que están bajo el control de la DIRCETUR y las sanciones aplicadas, con la finalidad de probar un acto discriminatorio y arbitrario de la dirección, informe que debió emitir la DIRCETUR respecto a la distinción en su estructura de la autoridad instructora y sancionadora.

➤ Respecto a lo planteado por la administrada en el recurso de apelación formulado contra la Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, que declara improcedente el recurso de reconsideración formulado por el administrado.

- El administrado alega, que este resolutivo es nulo porque se ha omitido la notificación del informe de instrucción, no permitiéndole al administrado presentar sus descargos, incumpliendo las garantías del procedimiento administrativo sancionador, también indica que esta entre otras cuestiones de derecho planteadas en el recurso de reconsideración no fueron absueltas en el acto administrativo que lo resolvió.

Al respecto, es pertinente indicar que efectivamente el art. 253 del TÚO de la Ley N° 27444, indica que las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a disposiciones como la que indica el art. 253.5 *"Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda. Recibido el informe final, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción puede disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. El informe final de instrucción debe ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles."* (El subrayado es nuestro).

Asimismo verificado el expediente administrativo, no se ubica cargo alguno de notificación del informe de instrucción al administrado.

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, siendo evidente en el presente caso la contravención al art. 253.5 del mismo TÚO, así como la violación al debido proceso, debido procedimiento y derecho a la defensa contenidos en la Constitución y las leyes al no remitir el indicado informe de instrucción e impedir el descargo correspondiente.

Asimismo se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, ya que revisado el acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración se tiene que no se ha tomado en cuenta tal alegación.

- El administrado alega, que este resolutivo es nulo porque se ha omitido hacer distinción entre la autoridad que instruye el procedimiento y la autoridad sancionadora, también indica que esta entre otras cuestiones de derecho planteadas en el recurso de reconsideración no fueron absueltas en el acto administrativo que lo resolvió.

Al respecto, es pertinente indicar que efectivamente el art. 252 del TÚO de la Ley N° 27444, indica que para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por lo indicado en el art. 252.1 *"Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción."*

Asimismo verificado el expediente administrativo, se tiene que no se ha cumplido con establecer en el procedimiento administrativo sancionador la debida separación entre la fase instructora y sancionadora, encomendándose éstas a autoridades distintas.


Abog. Dora Litz M. Adhonorán Rodríguez
ICAP N° 3333

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, siendo evidente en el presente caso la contravención al art. 252.1.1 del mismo TÚO, así como la contravención al art. 246.2 del TÚO que textualmente indica *"Debido procedimiento.- No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas"*

Asimismo se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado que indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, ya que revisado el acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración se tiene que no se ha tomado en cuenta tal alegación.

- El administrado alega, que este resolutivo es nulo porque se ha omitido pronunciarse en su objeto o contenido sobre la cuestión de haberse violado el principio de proporcionalidad en la Resolución de sanción, la misma que vulnera el principio de razonabilidad en materia de potestad sancionadora, pues alega que no se hizo un análisis de razonabilidad de los hechos imputados, pues justamente omite mencionar hechos concretos y detallados en la parte resolutive de la sanción, siendo que el acta señala que el restaurante sí cumple con las condiciones de calidad de 5 tenedores, también indica que esta entre otras cuestiones de derecho planteadas en el recurso de reconsideración no fueron absueltas en el acto administrativo que lo resolvió.

Al respecto, es pertinente indicar que efectivamente el art. 246 del TÚO de la Ley N° 27444, indica que la potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por principios especiales como el que indica el art. 246.3 *"Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) La probabilidad de detección de la infracción; c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; d) El perjuicio económico causado; e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción. f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor"*106."

Y así también el art.9 del Reglamento de la *"Ley que faculta al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo a tipificar infracciones por vía reglamentaria en materia de prestación de servicios turísticos y la calificación de establecimientos de hospedaje y establece las Sanciones aplicables"* - Ley N° 28868 indica la Graduación de la sanción y reincidencia de la conducta infractora, en sus numerales siguientes " 9.1 En la determinación del monto de la multa, o plazo de las sanciones de suspensión y cancelación deberá tenerse en cuenta lo siguiente: 1. El daño o perjuicio resultante de la infracción. 2. Los beneficios directos o indirectos obtenidos por el infractor como resultado de los actos que motiven la sanción. 3. Engaño y/o encubrimiento de hechos o situaciones. 4. El carácter intencional o negligente de la acción u omisión constitutiva de la conducta infractora. 5. La conducta del infractor a lo largo del procedimiento administrativo sancionador. 6. La adopción de medidas de restitución urgentes o subsanación de irregularidades en que hubiere incurrido el infractor, realizadas hasta antes de vencido el plazo para presentar descargos. 7. Incumplimiento de las medidas de restitución a que se refiere el art. 8 del presente Reglamento. 8. Otros criterios que, dependiendo del caso particular, considere la Autoridad Competente, los cuales deberán ser debidamente sustentados en el acto administrativo correspondiente. 9.2 En caso de reincidencia de la conducta infractora, la autoridad competente podrá aplicar una sanción más grave a la establecida para el caso."

Asimismo revisados los resolutivos, no se verifica que se haya realizado un análisis de racionalidad observando los criterios que se señalan a efectos de la graduación de la sanción.

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, siendo evidente en el presente caso la contravención al art. 246.3 del mismo TÚO, así como el art. 09 del Reglamento de la Ley N° 28868.

Asimismo se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado que indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, ya que revisado el acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración se tiene que no se ha tomado en cuenta tal alegación.


Abog. Dora Liz M. Adrián Rodríguez
ICAP: N° 3333

- El administrado alega, que este resolutivo es nulo por contravenir el art. 139.3 de la Constitución Política del Perú y el derecho constitucional al debido proceso y debido procedimiento.

Es pertinente indicar que efectivamente nuestra Constitución prescribe lo siguiente "Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3.-La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación."

Al respecto cabe indicar que el Tribunal Constitucional en la STC N° 0023-2005-AI/TC, ha precisado lo siguiente:

"43.En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha precisado que los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros). (...) 48. Luego de haber precisado los elementos que se deben tomar en consideración para determinar el contenido constitucional del derecho al debido proceso, podemos establecer, recogiendo jurisprudencia precedente, que este contenido presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer."

Es preciso reiterar que el art. 246.2 del TÚO de la Ley N° 27444, regula que la potestad sancionadora de todas las entidades estará regida por principios especiales como son el "**Debido procedimiento**", esto concordado con el art. IV que regula los principios del procedimiento administrativo y que en su numeral 2 señala "**Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.**"

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, siendo evidente en el presente caso la contravención al art. 139.9 de la Constitución Política del Perú y al TÚO mencionado, vulnerándose el debido proceso y debido procedimiento contenidos en la Constitución y las leyes.

Se advierte entonces de todo lo expuesto que el procedimiento administrativo sancionador, se encuentra viciado desde tanto en su desarrollo y conclusión del mismo.

➤ Sin embargo es preciso indicar que revisado el expediente también se ha verificado dos aspectos el cuestionamiento del acta por parte del administrado y del Oficio de cargo con el que, en teoría, debería iniciar el procedimiento administrativo sancionador.

- En cuanto al acta de inspección el administrado señala que es nula pues no contiene identificación de inspectores, al respecto es preciso indicar que el art. 253 del TÚO de la Ley N° 27444, indica respecto al procedimiento sancionador que las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: "1.El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia. 2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación."(el subrayado es nuestro).


Abog. Dom Liz M. Adamez Rodríguez
ICAP. N° 3333

Pudiéndose inferir, que el acta de inspección como tal, es solo una actuación previa de carácter preliminar y no forma parte del procedimiento administrativo sancionador, por lo que no será materia de evaluación su validez y consecuente nulidad, ya que se trata de un instrumento de la actividad de fiscalización regulada en el art. 237 y 238 del TÚO de la Ley N° 27444, por lo que respecto a ella en su momento la autoridad instructora del procedimiento, analizará y evaluará la realización de nuevas actuaciones de investigación según lo indica el art. 253 del TÚO de la Ley N° 27444, en sus numerales 3, 4, 5.

- Ahora, en cuanto la nulidad del oficio N°303-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DT que también es alegada por el administrado en su recurso de reconsideración, se tiene que verificada la redacción del mismo, el indicado documento cumple con informar al administrado la irregularidad señalada en el acta de inspección, describiendo la infracción y la sanción por la cual se inicia el procedimiento, asimismo se le otorga el plazo de 5 días hábiles para que el administrado presente su descargo, sin embargo en la parte in fine del documento precisa "Hecho que no exime de la sanción administrativa aplicable (...)"

Al respecto, es preciso mencionar lo regulado por el TÚO de la Ley N° 27444, en cuanto al inicio del procedimiento administrativo sancionador: "Art. 252.- Caracteres del procedimiento sancionador: 252.1. Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado entre otros por: 3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia." "Art. 253.- Procedimiento sancionador: Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: 3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del art. precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación." (El subrayado es nuestro).

Teniendo en cuenta lo señalado en los párrafos precedentes, se puede inferir que la NOTIFICACIÓN DE CARGO, en nuestro caso el oficio en cuestión, debería limitarse solo iniciar el procedimiento sancionador, informando la potencial infracción cometida y la posible sanción a aplicarse, sin embargo con esta última acotación, referida al descargo que en su momento hiciera el administrado "Hecho que no exime de la sanción administrativa aplicable(...)", se evidencia la desnaturalización de la notificación a título de cargo, pues ya está asumiendo la culpabilidad del administrado informándole que no será eximido de la sanción cuando aún el administrado no presentaba su descargo, vulnerándose tanto las normas indicadas precedentemente y el principio de presunción de veracidad contemplado en el numeral 1.7 del art. IV del Título Preliminar del mismo TÚO, mediante el cual prescribe "Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario" y el principio de licitud contemplado en el art. 246.9. del mismo TÚO, mediante el cual regula los principios de la potestad sancionadora como "Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario."

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que se refiere a la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, que en el presente caso es evidente, la contravención al art. 252.1.3, el art. 253.3.5 y el numeral 1.7 del art. IV del Título Preliminar del TÚO de la Ley N° 27444.

Asimismo se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado que indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, ya que revisado el resolutivo que resuelve el recurso de reconsideración se tiene que no se ha tomado en cuenta tal alegación.

Por lo que hasta aquí, habiendo analizado a detalle los actuados en el presente procedimiento administrativo sancionador, se podría concluir que este se encuentra viciado desde su inicio, su desarrollo y conclusión del mismo.

➤ Respecto al apartado 4.5 del escrito de apelación presentado por el administrado, en el cual hace referencia a la irrazonabilidad de los argumentos de la Resolución Directoral Regional N°215-2017-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, que resuelve declarando improcedente el recurso de reconsideración presentado, manifestando la no presentación de nuevas pruebas instrumentales de sustentación.


Abog. Dora Liz M. Adamez Rodríguez
ICAP: N° 3333

- Respecto a las siete cuestiones de derecho planteadas en el recurso de reconsideración ya mencionadas al inicio del presente documento y sobre las cuales he venido pronunciándome a lo largo del mismo, planteando que se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado que indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, y revisado pues el acto administrativo que resuelve el indicado recurso no ha tomado en cuenta varias de las cuestiones planteadas por el administrado.

- En cuanto a las seis nuevas pruebas de derecho presentadas en el indicado recurso, y sobre las cuales la DIRCETUR, indica que no son pruebas instrumentales y que para efectos de considerar el recurso presentado como uno de reconsideración debe determinarse nueva prueba distinguiéndose el hecho materia de la controversia que requiere ser probado y el hecho que es invocado para probar la materia controvertida. La DIRCETUR concluye al respecto, que no resulta idóneo presentar como nueva prueba una nueva argumentación jurídica sobre los mismo hechos y la presentación de dos constancias realizadas notarial y policial realizadas horas después de la inspección, hechos que según indica la DIRCETUR no hacen más que subsanar las irregularidades cometidas, argumentando que no sería entonces un recurso de reconsideración sino uno de apelación, ya que dichos argumentos se encontrarían destinados a debatir una diferente interpretación de las pruebas producidas, lo cual no podía ser dilucidado a través del recurso de reconsideración regulado en el art. 217 del TÚO de la Ley N° 27444, si no a través del recurso de apelación contenido en el art. 218 del mismo cuerpo legal

Al respecto, y sin entrar a realizar una valoración de la pruebas, pues considero que éstas serán revisadas y reevaluadas y hasta en su momento, como ya lo mencioné precedentemente, la autoridad instructora del procedimiento, analizará y evaluará la realización de nuevas actuaciones de investigación según lo indica el art. 253 del TÚO de la Ley N° 27444, en sus numerales 3, 4, 5. Es preciso indicar que si era de sustento de la DIRCETUR, que el recurso presentado por el administrado no era uno de reconsideración, sino uno de apelación regulado en el art. 218 del mismo TÚO, indicando textualmente en el mismo resolutive "resulta evidente que la empresa ha cometido un error de calificación de su recurso", al amparo del art. Art. 84 del TÚO mencionado, que indica los deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, pueden ser entre otros "3. *Encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.*" Concordado con el "art. 221.- *Error en la calificación: El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.*" Debíó la DIRCETUR, previa calificación del escrito y deducción de su carácter apelativo, dar trámite al recurso impugnativo interpuesto, sin embargo, la dirección decidió declarar improcedente el recurso y confirmar la recurrida.

➤ Es pertinente mencionar también, que revisados los resolutivos impugnados, se tiene que al momento de imponerse la sanción "Cancelación del certificado de categorización y/o calificación de restaurante", sanción tipificada en el art. 14.10 del Reglamento de la "Ley que faculta al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo a tipificar infracciones por vía reglamentaria en materia de prestación de servicios turísticos y la calificación de establecimientos de hospedaje y establece las Sanciones aplicables" - Ley N° 28868, reglamento aprobado por Decreto Supremo N°007-2007-MINCETUR, no se verifica que se haya indicado el plazo que menciona el art.7 del reglamento en mención que prescribe que los prestadores de servicios turísticos y los calificadoros de establecimientos de hospedaje son sujetos pasibles de una o más sanciones, entre ella la señalada en el "art.7.4 *Cancelación del derecho, autorización, concesión, designación, carné o certificación otorgada.- Es una sanción que se impone a las infracciones consideradas como muy graves y que supone el retiro o anulación de la autorización para la prestación de la actividad turística o el desempeño de la función calificadora hasta por cinco (5) años, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que se establecieron para que el administrado obtenga el derecho, autorización, concesión, designación, carné o certificación que ostenta. Sólo vencido el plazo de sanción, el administrado podrá volver a solicitar la autorización para la prestación de la actividad turística o el desempeño de la función calificadora.*" Por lo que la DIRCETUR, mediante la autoridad sancionadora, en su momento deberá especificar el plazo para el cumplimiento de la sanción, de concluir nuevamente en que se ha cometido la infracción.

Por tanto y en razón a lo antes expuesto y teniendo en cuenta las causales de nulidad que prescribe el TÚO de la Ley N° 27444, las mismas que han sido detalladas a lo largo del presente documento, debe declararse la nulidad del acto administrativo final, ya que deviene de un procedimiento administrativo sancionador con vicios trascendentes desde su inicio, desarrollo y conclusión del mismo.

Finalmente y en conformidad con el art. 225.2 del TÚO de la Ley N° 27444, tenemos que constatada la existencia de causales de nulidad, y al no ser posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se recomienda disponer la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo, es decir evaluar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y de considerar la autoridad instructora necesaria su iniciación, formular la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, llevándose a cabo el indicado procedimiento respetando todos los principios contenidos en la Constitución Política del Perú y las normas que amparan este procedimiento.


Abigail Dora Liz M. Arriaza Rodríguez
ICAP, N° 3333

III.- CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES:

3.1.- El procedimiento administrativo sancionador analizado mediante el presente, se encuentra viciado desde su inicio, su desarrollo y conclusión del mismo.

3.2.- Sobre las siete cuestiones de derecho planteadas en el recurso de reconsideración, se tiene que se evidencia la causal de nulidad contenida en el art. 10.2 del TÚO de la Ley N° 27444 en lo que respecta al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo ya que el art. 5.4 del TÚO mencionado que indica que el objeto o contenido, requisito de validez del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, y revisado pues el acto administrativo que resuelve el indicado recurso no ha tomado en cuenta varias de las cuestiones planteadas por el administrado.

3.3.- En cuanto a las seis nuevas pruebas de derecho presentadas en el indicado recurso, y sobre las cuales la DIRCETUR, indica que no son pruebas instrumentales se ha manifestado que sin entrar a realizar una valoración de la pruebas, se considera que éstas serán revisadas y reevaluadas y hasta en su momento la autoridad instructora del procedimiento, analizará y evaluará la realización de nuevas actuaciones de investigación según lo indica el art. 253 del TÚO de la Ley N° 27444, en sus numerales 3, 4, 5. Es preciso indicar que si era de sustento de la DIRCETUR, que el recurso presentado por el administrado no era uno de reconsideración, sino uno de apelación regulado en el art. 218 del mismo TÚO, debió la dirección, previa calificación del escrito y deducción de su carácter apelativo, dar trámite al recurso impugnativo interpuesto.

3.4.- La DIRCETUR, al momento de imponer la sanción "Cancelación del certificado de categorización y/o calificación de restaurante", sanción tipificada en el art. 14.10 del Reglamento de la Ley N° 28868, no ha cumplido con especificar el plazo que menciona el art.7 del reglamento en mención. Por lo que la DIRCETUR, mediante la autoridad sancionadora, en su momento deberá especificar el plazo para el cumplimiento de la sanción, de concluir nuevamente en que se ha cometido la infracción.

3.5.- Teniendo en cuenta la verificación de las causales de nulidad que prescribe el TÚO de la Ley N° 27444, debe **DECLARARSE LA NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO FINAL**, ya que deviene de un procedimiento administrativo sancionador con vicios trascendentes desde su inicio, desarrollo y conclusión del mismo.

Se concluye que constatada la existencia de causales de nulidad, y al no ser posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se recomienda disponer la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo, es decir evaluar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y de considerar la autoridad instructora necesaria su iniciación, debe llevarse a cabo respetando todos los principios contenidos en la Constitución Política del Perú y las normas que amparan este procedimiento.


Abog. Dora Liz M. Adrianzen Rodriguez
ICAR N° 3333

GOBIERNO REGIONAL DE ICA
GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO

Pase A. _____

Para _____

FIRMADO _____

