



"GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO"



RESOLUCIÓN GERENCIAL REGIONAL N° 0016 2018-GORE-ICA/GRDE

Ica, 26 ABR. 2018

VISTO:

La Hoja de ruta N°E-018731-2018 que contiene la Nota N°071-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL de fecha 12 de marzo de 2018, el Recurso de apelación de fecha 01 de marzo de 2018, presentado por JULIA LILIANA HUAMANI LLAMOSA, mediante el cual se recurre la Resolución Directoral Regional N°005-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL y el Informe Legal N°016-2018-GORE-ICA/GRDE-DAR, de fecha 25 de abril 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 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;

Que, el Decreto Supremo N° 007-2007-MINCETUR que aprueba 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, señala que los prestadores de servicios de restaurante incurrir en conducta infractora sancionable, en los casos que se mencionan en el art. 13 de dicho reglamento;

Que, en el presente caso la DIRCETUR, identificó según Inspección N°118-2017-GORE-ICA/DIRCETUR-DT mediante la cual se llevó a cabo la inspección a JULIA LILIANA HUAMANI LLAMOSA, en el centro ceremonial Cahuachi ubicado en Nasca, en donde se encontraba supuestamente realizando actividades como guía turística, habiendo incurrido aparentemente en la infracción tipificada en el art. 18.A.2 del reglamento mencionado en el párrafo anterior, que establece "18.A.2.- Ejercer la actividad de Guía de Turismo sin haber renovado la inscripción en el registro de prestadores de servicios de turismo" siendo pasible de una "Multa" como sanción pecuniaria tipificada en el mismo artículo;

Que, del análisis respectivo del expediente administrativo, se verifica que la administrada, presentó recurso de reconsideración de fecha 11 de enero de 2018, mediante el cual se recurre la Resolución Directoral Regional N°005-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, que resolvió sancionar mediante multa ascendente a media unidad impositiva tributaria (0.5 UIT) a la administrada por la supuesta comisión de la infracción antes mencionada. Emitiendo la DIRCETUR Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, declarando improcedente el recurso de reconsideración presentado, manifestando la no presentación de nuevas pruebas de sustentación, formulando la administrada con fecha 01 de marzo de 2018 recurso de apelación;





"GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO"



Que, del recurso de apelación interpuesto, se puede verificar que la administrada cumple con presentarlo dentro del plazo establecido por Ley, asimismo es preciso mencionar que no solicita expresamente la nulidad del acto administrativo apelado sin embargo se puede apreciar del desarrollo del procedimiento administrativo sancionador posibles vicios de validez en los cuales se habría incurrido, por lo que resulta necesario verificar la validez del acto administrativo recurrido y al amparo del art. 211.1 del TUO de la Ley N° 27444, de ser necesario, declarar la Nulidad de oficio respectiva; por tanto corresponde verificar si la Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-AL, se encuentra inmersa en alguna de las causales de nulidad establecidas en el TUO de la Ley N° 27444. En ese sentido, el artículo 10° del mismo TUO establece que: Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: "1.-La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. 2.-El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14 (...);

Que, en cuanto la validez del oficio N°079-2017-GORE.ICA/GRDE-DIRCETUR-DZN, se tiene que verificada la redacción del mismo, el indicado documento cumple con informar a la administrada 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 la administrada 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 TUO 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 a 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 la administrada "Hecho que no exime de la sanción administrativa.", se evidencia la desnaturalización de la notificación a título de cargo, pues ya está asumiendo la culpabilidad de la administrada informándole que no será eximido de la sanción cuando aún la administrada 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 TUO, 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 TUO, 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 TUO 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. 246.9, 252.1.3, el art. 253.3.5 y el numeral 1.7 del art. IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444.

Que, asimismo se verifica del expediente que se ha omitido la notificación del informe de instrucción, no permitiéndole a la administrada presentar sus descargos, incumpliendo las garantías del procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, es pertinente indicar que el art. 253 del TUO 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).

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia en primer lugar la causal de nulidad contenida en el art. 10.1 del TUO 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 TUO, 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"



Que, asimismo no se identifica en el procedimiento administrativo sancionador la debida separación entre la fase instructora y sancionadora. Al respecto, es pertinente indicar que 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."*

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia 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."*

Que, teniendo en cuenta los vicios antes expuestos verificados a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionador es inevitable la vulneración al 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 su inicio, desarrollo y conclusión del mismo;

Que, en cuanto al fondo del asunto, la administrada sustenta su recurso de apelación que no viene ejerciendo la labor de guía Oficial de turismo ya que se dedica al negocio de restaurante desde el año 2014 y que el día de la inspección se encontraba con su hija de paseo por Cahuachi y que solo ayudó a algunos turistas con la traducción de algunas palabras ya que maneja otros idiomas;





“GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO”



Que, al respecto, es pertinente indicar que al haberse encontrado vicios trascendentes en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador resulta imposible en esta instancia pronunciarse sobre el fondo del asunto, ya que los hechos, pruebas y argumentos serán revisados y reevaluados y hasta en su momento, la autoridad instructora del procedimiento podrá evaluar 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, 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 Oficio N° 079-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DZN, de la Resolución Directoral Regional N°005-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, y de la Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, ya que devienen de un procedimiento administrativo sancionador con vicios trascendentes desde su inicio hasta su conclusión y al amparo del art. 225.2 del TÚO de la Ley N° 27444, 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 vigentes 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;

SE RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD del Oficio N° 079-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DZN, de la Resolución Directoral Regional N°005-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, y de la Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-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 vigentes 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 resolutive.

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

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

GOBIERNO REGIONAL DE ICA
GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO
Patrucco
H. HUMBERTO MAX PATRUCCO ZAMUDIO
GERENTE REGIONAL

INFORME LEGAL N°016 -2018-GORE.ICA-GRDE-DAR

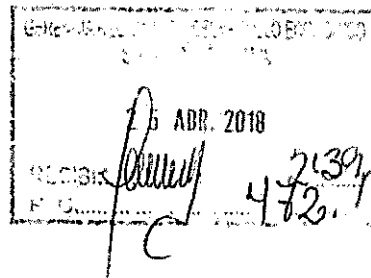
A: **Ing. HUMBERTO MAX PATRUCCO ZAMUDIO.**
Gerente Regional de Desarrollo Económico.

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

Asunto: **Recurso de Apelación interpuesto por JULIA LILIANA HUAMANI LLAMOSA.**

Ref.: **Hoja de ruta N°E-18731-2018.**
Nota N°071-2018-GORE.ICA/DIRCETUR-AL

Fecha: **Ica, 25 de abril de 2018.**



Tengo el agrado de dirigirme a usted para informarle, en atención al Recurso de Apelación interpuesto por JULIA LILIANA HUAMANI LLAMOSA, supuesta guía oficial de turismo, en adelante la administrada, contra la Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE.ICA/GRDE-DIRCETUR-AL emitida por la Dirección Regional de Comercio Exterior y Turismo de Ica, en adelante DIRCETUR, lo siguiente:

I.- ANTECEDENTES:

- 1.1 Acta de Inspección N°118-2017-GORE.ICA/DIRCETUR-DT, de fecha 01 de setiembre de 2017, mediante la cual se llevó a cabo la inspección a JULIA LILIANA HUAMANI LLAMOSA, en el centro ceremonial Cahuachi ubicado en Nasca, en donde se encontraba supuestamente realizando actividades como guía turística.
- 1.2 Oficio N° 079-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DZN de fecha 14 de setiembre de 2017, mediante el cual, se formula la respectiva notificación de cargo a la administrada.
- 1.3 Escrito de fecha 20 de setiembre del 2017, mediante el cual la administrada presenta su descargo.
- 1.4 Informe N°061-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DZN, Informe N°087-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DZN/JACHH, Informe N°0175-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DZN mediante el cual las área de la Dirección de turismo emiten su informe técnico respecto al procedimiento sancionador.
- 1.5 Informe Legal N°160-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-AL de fecha 29 de diciembre de 2017, mediante el cual el área legal de la DIRCETUR, emite su pronunciamiento sobre la conducta pasible de sanción de la administrada.
- 1.6 Resolución Directoral Regional N°005-2018-GORE.ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, de fecha 03 de enero de 2018.
- 1.7 Recurso de reconsideración de fecha 11 de enero de 2018, mediante el cual se recurre la resolución antes mencionada.
- 1.8 Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE.ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, de fecha 25 de enero de 2018.
- 1.9 Recurso de apelación de fecha 01 de marzo de 2018, mediante la cual se recurre la resolución antes mencionada.
- 1.10 Nota N°071-2018-GORE.ICA/GRDE-DIRCETUR-AL de fecha 12 de marzo de 2018, 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:

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.

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 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.

Abog. Dora Liz M. Adrianzen Rodriguez
ICAP: N° 3333

Así el Decreto Supremo N° 007-2007-MINCETUR que aprueba 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, señala que los prestadores de servicios de restaurante incurrir en conducta infractora sancionable, en los casos que se mencionan en el art. 13 de dicho reglamento.

En el presente caso la DIRCETUR, identificó según Inspección N°118-2017-GORE.ICA/DIRCETUR-DT mediante la cual se llevó a cabo la inspección a JULIA LILIANA HUAMANI LLAMOSA, en el centro ceremonial Cahuachi ubicado en Nasca, en donde se encontraba supuestamente realizando actividades como guía turística, habiendo incurrido aparentemente en la infracción tipificada en el art. 18.A.2 del reglamento mencionado en el párrafo anterior, que establece "18.A.2.- Ejercer la actividad de Guía de Turismo sin haber renovado la inscripción en el registro de prestadores de servicios de turismo" siendo pasible de una "Multa" como sanción pecuniaria tipificada en el mismo artículo.

Del análisis respectivo del expediente administrativo, se verifica que la administrada, presentó recurso de reconsideración de fecha 11 de enero de 2018, mediante el cual se recurre la Resolución Directoral Regional N°005-2018-GORE.ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, que resolvió sancionar mediante multa ascendente a media unidad impositiva tributaria (0.5 UIT) a la administrada por la supuesta comisión de la infracción antes mencionada. Emitiendo la DIRCETUR Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, declarando improcedente el recurso de reconsideración presentado, manifestando la no presentación de nuevas pruebas de sustentación, formulando la administrada con fecha 01 de marzo de 2018 recurso de apelación.

Del recurso de apelación interpuesto, se puede verificar que la administrada cumple con presentarlo dentro del plazo establecido por Ley, asimismo es preciso mencionar que no solicita expresamente la nulidad del acto administrativo apelado sin embargo se puede apreciar del desarrollo del procedimiento administrativo sancionador posibles vicios de validez en los cuales se habría incurrido, por lo que resulta necesario verificar la validez del acto administrativo recurrido y al amparo del art. 211.1 del TUO de la Ley N° 27444, de ser necesario, declarar la Nulidad de oficio respectiva; por tanto corresponde verificar si la Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-AL, se encuentra inmersa en alguna de las causales de nulidad establecidas en el TÚO de la Ley N° 27444. En ese sentido, el artículo 10° del mismo TUO establece que: Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: "1.-La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. 2.-El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14 (...)"

- En cuanto la validez del oficio N°079-2017-GORE.ICA/GRDE-DIRCETUR-DZN, se tiene que verificada la redacción del mismo, el indicado documento cumple con informar a la administrada 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 la administrada 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 a 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 la administrada "Hecho que no exime de la sanción administrativa.", se evidencia la desnaturalización de la notificación a título de cargo, pues ya está asumiendo la culpabilidad de la administrada informándole que no será eximido de la sanción cuando aún la administrada 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. 246.9, 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 verifica del expediente que se ha omitido la notificación del informe de instrucción, no permitiéndole a la administrada presentar sus descargos, incumpliendo las garantías del procedimiento administrativo sancionador.

Abog. Doris Luz Al. Alvarado Rodríguez
ICAF N° 3333

Al respecto, es pertinente indicar que 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).

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 no se identifica en el procedimiento administrativo sancionador la debida separación entre la fase instructora y sancionadora.

Al respecto, es pertinente indicar que 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."

Por lo que en base a lo expuesto se evidencia 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 teniendo en cuenta los vicios antes expuestos verificados a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionador es inevitable la vulneración al 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.

Abog. Dora Liz M. Adriansza Rodríguez
ICAP. N° 3333

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

Ahora en cuanto al fondo del asunto, la administrada sustenta su recurso de apelación que no viene ejerciendo la labor de guía Oficial de turismo ya que se dedica al negocio de restaurante desde el año 2014 y que el día de la inspección se encontraba con su hija de paseo por Cahuachi y que solo ayudó a algunos turistas con la traducción de algunas palabras ya que maneja otros idiomas.

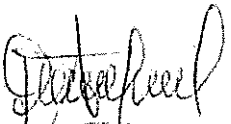
Al respecto, es pertinente indicar que al haberse encontrado vicios trascendentes en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador resulta imposible en esta instancia pronunciarse sobre el fondo del asunto, ya que los hechos, pruebas y argumentos serán revisadas y reevaluadas y hasta en su momento, la autoridad instructora del procedimiento podrá evaluar 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.

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 Oficio N° 079-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DZN, de la Resolución Directoral Regional N°005-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, y de la Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, ya que devienen de un procedimiento administrativo sancionador con vicios trascendentes desde su inicio hasta su conclusión y al amparo del art. 225.2 del TÚO de la Ley N° 27444, 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 vigentes que amparan este procedimiento.

III.- CONCLUSIONES y RECOMENDACIONES:

3.1.- El procedimiento administrativo sancionador analizado mediante el presente, se encuentra viciado desde su inicio hasta su conclusión.

3.2.- Teniendo en cuenta la verificación de las causales de nulidad que prescribe el TÚO de la Ley N° 27444, debe **DECLARARSE LA NULIDAD** del Oficio N° 079-2017-GORE.ICA-GRDE/DIRCETUR-DZN, de la Resolución Directoral Regional N°005-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL y de la Resolución Directoral Regional N°039-2018-GORE-ICA/GRDE-DIRCETUR-AL, ya que devienen de un procedimiento administrativo sancionador con vicios trascendentes desde su inicio hasta su conclusión 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 vigentes que amparan este procedimiento.


Abog. Dora Liz M. Adrianzén Rodríguez
ICAP. N° 3333

GOBIERNO REGIONAL DE ICA
GERENCIA REGIONAL DE DESARROLLO ECONOMICO

Pasé A. _____

Para _____

FIRMA: _____

