

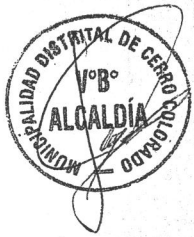


MUNICIPALIDAD DISTRITAL
CERRO COLORADO
"CUNA DEL SILLAR"

ACUERDO DE CONCEJO MUNICIPAL N° 126 -2016-MDCC

Cerro Colorado, 08 NOV 2016

**EL ALCALDE DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO COLORADO
POR CUANTO:**



El Concejo Municipal de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado en Sesión Extraordinaria de Concejo N° 23-2016-MDCC de fecha 7 de Noviembre del 2016, trató: El pedido de declaratoria de vacancia interpuesto por la ciudadana Benigna Yenny Valdivia Rivera contra el Econ. Manuel Enrique Vera Paredes, alcalde de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado por la causal de restricciones de contratación; y,

CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 194° de la Constitución Política del Estado y el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, las Municipalidades son órganos de Gobierno Local que gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La Autonomía que la Constitución establece para las Municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico;

Que, el sub numeral 1.1 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas;

Que, al respecto, el tratadista Juan Carlos Morón Urbina en su libro intitulado Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General expresa que por el principio de legalidad se exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo de este, pueda derivarse como cobertura o desarrollo necesario;

Que, la Ley Orgánica de Municipalidades en su artículo 22° numeral 9 precisa que el cargo de alcalde o regidor se declara vacante por el concejo municipal, por incurrir en la causal establecida en el artículo 63° de la Ley N° 27972;

Que, el citado artículo 63°, erige que el alcalde, los regidores, los servidores, empleados y funcionarios municipales no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales ni adquirir directamente o por interpósita persona sus bienes. Exceptuando de dicha disposición el respectivo contrato de trabajo, que se formaliza conforme a la ley de la materia. Señalando además que los contratos, escrituras o resoluciones que contravengan lo dispuesto precedentemente son nulos, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y penales a que hubiese lugar, inclusive la vacancia en el cargo municipal y la destitución en la función pública;

Que, sobre la causal de vacancia examinada, el Jurado Nacional de Elecciones, en reiterados y uniformes pronunciamientos, ha establecido que el artículo 22° numeral 9, concordante con el artículo 63°, tiene por finalidad la protección de los bienes municipales. En tal sentido, dicha norma entiende que estos bienes no estarían suficientemente protegidos cuando quienes están a cargo de su cuidado



MUNICIPALIDAD DISTRITAL
CERRO COLORADO
"CUNA DEL SILLAR"

[alcaldes y regidores] contraten, a su vez, con la misma municipalidad, y prevé, por lo tanto, que las autoridades que así lo hicieren sean retiradas de sus cargos;

Que, la autoridad en mención explica asimismo que la vacancia por conflicto de intereses se produce cuando se comprueba la existencia de una contraposición entre el interés de la comuna y el interés de la autoridad edil, alcalde o regidor, pues es claro que éste no puede representar intereses contrapuestos;

Que, el Supremo Tribunal Electoral, en la Resolución N° 24-2015-JNE, establece que son tres los elementos que configuran la causal contenida en el artículo 63° de la Ley Orgánica de Municipalidades, que a saber son: i) la existencia de un contrato, en el sentido amplio del término, con excepción del contrato de trabajo de la propia autoridad, cuyo objeto sea un bien municipal; ii) la intervención, en calidad de adquirente o transferente, del alcalde o regidor como persona natural, por interpósita persona o de un tercero (persona natural o jurídica) con quien el alcalde o regidor tenga un interés propio (si la autoridad forma parte de la persona jurídica que contrata con la municipalidad en calidad de accionista, director, gerente, representante o cualquier otro cargo) o un interés directo (si se advierte una razón objetiva por la cual pueda considerarse que el alcalde o regidor tendría algún interés personal en relación a un tercero, por ejemplo, si ha contratado con sus padres, con su acreedor o deudor, etcétera); y, iii) la existencia de un conflicto de intereses entre la actuación del alcalde o regidor, en su calidad de autoridad representativa municipal, y su posición o actuación como persona particular de la que se advierta un aprovechamiento indebido. Elementos que deben concurrir secuencialmente, en la medida en que cada uno es condición para la existencia del siguiente;

Que, por su parte, el Colegiado del Tribunal Constitucional en los fundamentos 18 y 19 de la Sentencia prorumpida en Expediente N° 2050-2002-AA/TC, enuncia respecto del principio ne bis in idem, que éste constituye una garantía constitucional "a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho", principio implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139° inciso 3 de la Constitución. Principio que tiene una doble configuración: sustantiva y procesal;

Que, así, en su formulación material, exterioriza que "nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho", expresando la imposibilidad que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento;

Que, en tanto, desde su vertiente procesal, tal principio significa que "nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos", es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Bajo lo glosado, corresponde evaluar la solicitud de vacancia presentada por la ciudadana Benigna Yenny Valdivia Rivera contra el alcalde de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, Manuel Enrique Vera Paredes, por la causal prevista en el numeral 9 del artículo 22° de la Ley Orgánica de Municipalidades, cuyo parámetro normativo se encuentra determinado en el artículo 63° de la norma antedicha, con la denominación de "restricciones de contratación". Para tal efecto, debe tenerse presente lo siguiente:

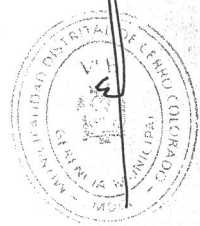
- 1) El pedido de vacancia en examen se sustenta en la alegación que la autoridad edil cuestionada, al haber reconocido como servidora pública contratada permanente a su conviviente Carmen Flor Espinoza Delgado, con Resolución N° 198-2009-MDCC, ha influido



MUNICIPALIDAD DISTRITAL
CERRO COLORADO
"CUNA DEL SILLAR"

para que ésta, no obstante no cumplir con los requisitos exigidos por el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, ocupe el cargo de Asistente Administrativo de la Sub Gerencia de Programas Sociales; así como, logre el cambio de régimen laboral y el incremento de sus remuneraciones, incurriendo con dicho proceder en la causal de vacancia mencionada en el párrafo precedente; agregando además que la trabajadora aludida actualmente reemplaza a una servidora pública de carrera de la Oficina de Registro Civil, con una remuneración de más de S/ 2,500.00. Ofreciendo como medio probatorio, entre otros, la Resolución N° 845-2013-JNE, emitida en el Expediente N° 2013-00599.

- 2) Es de estimar que la resolución antes citada se expide dentro del procedimiento estrictamente sancionador que fuera seguido por la ciudadana Erín Jessenia Cáceres Zúñiga contra Manuel Enrique Vera Paredes, en su calidad de alcalde la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado del periodo de gestión edil 2011 - 2014, por la causal prevista en el artículo 22°, numeral 9, concordante con el artículo 63° de la Ley Orgánica de Municipalidades.
- 3) El pronunciamiento recaído por MAYORÍA de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, de aquel entonces, declaró FUNDADO el recurso extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva, interpuesto por Erín Jessenia Cáceres Zúñiga, en consecuencia, NULA la Resolución N° 755-2013-JNE; declarando subsiguientemente FUNDADO el recurso de apelación presentado contra el Acuerdo de Concejo N° 029-2013-MDCC y consiguientemente FUNDADA la solicitud de vacancia contra Manuel Enrique Vera Paredes, como alcalde de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado del periodo de gestión municipal 2011 - 2014, por la causal anotada líneas arriba.
- 4) De los considerandos de la Resolución N° 845-2013-JNE se observa que la decisión adoptada se sustentó en un análisis pormenorizado de la situación laboral de la servidora pública Carmen Flor Espinoza Delgado, el que valoró el documento denominado "Hallazgo del examen especial a la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado" elaborado por la Contraloría General de la República, el Informe N° 310-CG/CRS-EE faccionado por la Oficina de Coordinación Regional Sur de la Contraloría General de la República y la Sentencia N° 0879-2012 pronunciada en el Expediente N° 02253-2012-0-0401-JR-LA-05 por el Juez del Quinto Juzgado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, ésta última dispone que la trabajadora tantas veces señalada sea REINCORPORADA por la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado en el cargo que venía desempeñando al momento de su cese o en otro de igual categoría o nivel, precisando que el funcionario responsable de la ejecución de dicha sentencia es el Alcalde.
- 5) Como podrá comprenderse la causal de vacancia invocada, bajo los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por la solicitante de la vacancia, es la misma por la que el Jurado Nacional de Elecciones, con Resolución N° 845-2013-JNE recaída en el Expediente N° 2013-00599, declaró a fines del año 2013 la vacancia de Manuel Enrique Vera Paredes, al cargo de alcalde de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado del periodo de gestión edil 2011 - 2014, lo que implica en buena cuenta que la peticionante de la vacancia pretende que se le imponga a la autoridad municipal objetada una doble sanción por una misma infracción.
- 6) Lo pretendido a todas luces deviene en un imposible jurídico, dado que nuestro ordenamiento jurídico vigente proscribe la imposición de dos sanciones sobre el mismo

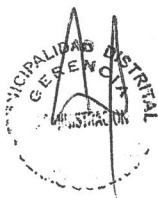
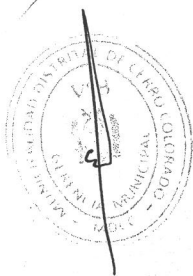




MUNICIPALIDAD DISTRITAL
CERRO COLORADO
"CUNA DEL SILLAR"

sujeto por un mismo hecho; al respecto Tribunal Constitucional en reiterados y uniformes pronunciamientos ha estipulado que "nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho", puesto que de proceder de dicha manera constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho, lo que impide en su aplicación que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción, cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

- 7) Es necesario considerar que la decisión adoptada por la máxima autoridad electoral de nuestro país, en el Expediente N° 2013-00599, tiene calidad de cosa juzgada electoral, por consiguiente valuando la vertiente procesal del principio ne bis in ídem, deviene en un imposible que el Estado, en ejercicio del ius punendi que ostenta, lleve a cabo un nuevo proceso o procedimiento basado en la imputación de un injusto respecto del cual, en uno anterior, existe cosa juzgada.
- 8) La, la doctrina y la jurisprudencia, ha instituido que la aplicación o invocación de este principio exige la comprobación en el caso concreto de la denominada triple identidad, esto es, que se debe tratar de la misma persona (eadem persona), del mismo hecho (eadem res) y, por último, de los mismos fundamentos (eadem causa pretendi).
- 9) Teniendo en cuenta los presupuestos del principio sub examine, de la revisión de la solicitud de vacancia puesta a consideración, se advierte que existe ésta triple identidad, así con relación a la identidad del sujeto, tanto en esta solicitud como en el pedido que se tramitara con Expediente N° 2013-00599, se solicita la vacancia de Manuel Enrique Vera Paredes, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado; seguidamente en referencia a la identidad de objeto, los fundamentos de hecho de ambas solicitudes giran en torno al reconocimiento como servidora pública contratada permanente de Carmen Flor Espinoza Delgado, efectuado por el burgomaestre en cuestión, Manuel Enrique Vera Paredes, a través de la Resolución N° 198-2009-MDCC, con la alegación que al ser la trabajadora antes indicada conviviente de la autoridad edil precitada, éste ha injerido para que pese a no cumplir con los requisitos exigidos por el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado, ocupe el cargo de Asistente Administrativo de la Sub Gerencia de Programas Sociales, así como logre su cambio del régimen laboral de la actividad privada al régimen laboral público y el incremento de sus remuneraciones; e, igualmente, existe identidad de fundamento, por cuanto ambas peticiones de vacancia se fundamentan en la causal de restricciones en la contratación, la misma que tiene por finalidad proteger el bien jurídico referido al adecuado uso de los bienes municipales.
- 10) Por ende, estando proscriba la tramitación de dos procesos o procedimientos de sanción del mismo sujeto por un mismo hecho, cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido, y siendo que el Jurado Nacional de Elecciones, en el Expediente N° 2013-00599, ya emitió pronunciamiento, con calidad de cosa juzgada, con relación a los hechos que son materia de este pedido de vacancia, en aplicación del principio del ne bis in ídem, resulta imposible que se vuelva a emitir nuevo pronunciamiento sobre los mismos hechos, por lo que debe desestimarse la solicitud presentada por la ciudadana Benigna Yenny Valdivia Rivera por ser IMPROCEDENTE DE PLANO.
- 11) No escapa del análisis practicado, el temerario proceder de la peticionante de la vacancia, quien con falaces argumentos desliza un supuesto cambio de grupo ocupacional e





MUNICIPALIDAD DISTRITAL
CERRO COLORADO
"CUNA DEL SILLAR"

incremento remunerativo de la servidora pública Carmen Flor Espinoza Delgado, ante la emisión de la Resolución Alcaldía N° 352-2015-MDCC que disponía designar a la trabajadora en alusión como Registrador Civil Suplente de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado; desconociendo, pese haber sido la solicitante de la vacancia la alcaldesa de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado durante el periodo comprendido entre diciembre 2013 a diciembre 2014, el marco normativo que orienta el desplazamiento de los servidores y funcionarios de la Administración pública, aprobado con Resolución Directoral N° 013-92-INAP-DNP.

- 12) Es de notar además, el claro quebrantamiento de la conducta procesal de la peticionante de la vacancia, quien faltando a su obligación de adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe, ha ocultado el hecho relevante que la Resolución de Alcaldía N° 352-2015-MDCC sancionada el 14 de agosto del 2015, fue DEJADA SIN EFECTO el 21 de agosto del 2015 con lo resuelto mediante Resolución de Alcaldía N° 357-2015-MDCC, en el extremo concerniente a la designación de la trabajadora Carmen Flor Espinoza Delgado como Registrador Civil Suplente de este gobierno local, en un segundo orden; resoluciones que valga la precisión se encuentran publicadas en el portal web de esta comuna distrital, en el ítem nominado "TRANSPARENCIA MUNICIPAL", siendo su dirección electrónica <http://www.mdcc.gob.pe/resoluciones-de-alcaldia/>.
- 13) Del mismo modo, un hecho que falta a la verdad, es el negar a sabiendas, que la suplencia de un servidor público de naturaleza permanente por otro de la misma condición, no conlleva a que éste último reciba una remuneración especial o bonificación por el desempeño de dicha función.
- 14) Finalmente del estudio practicado se denota que la solicitud de vacancia estimada contiene alegaciones no probadas, no siendo suficiente éstas para acreditar un hecho.
- 15) En lo referente a la carga de la prueba el artículo 196° del Código Procesal Civil estatuye que salvo disposición legal diferente, la carga de probar importa a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.
- 16) Como podrá entenderse el principio de la carga de la prueba en líneas generales implica: a) una regla de juicio para el Juzgador que le indica al Juez como debe fallar cuando no encuentra la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitar un non liquet, esto es una sentencia inhibitoria por falta de pruebas; y, b) una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuales son los hechos que a cada uno le interesa probar, para que sean considerados como ciertos por el Juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones. Lo cual guarda relación con lo predicho por el profesor Hernando Devis Echandía cuando manifiesta que "existe, además para las partes la carga de probar los hechos en los cuales fundamentan sus pretensiones o excepciones y que son el supuesto de las normas que consagran ese efecto jurídico, por lo cual corren riesgo de sufrir consecuencias desfavorables si llegare a faltar dicha prueba".
- 17) El Tribunal Constitucional en el fundamento quinto de la Sentencia expedida en el Expediente N° 04822-2011-PA/TC puntualiza que constituye un principio procesal que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma un hecho.



MUNICIPALIDAD DISTRITAL
CERRO COLORADO
"CUNA DEL SILLAR"

Que, por ende, observando el marco normativo vigente, concierne a los miembros del concejo, en uso de su atribución contenida en el penúltimo párrafo del artículo 23° de la Ley Orgánica de Municipalidades, debatir y pronunciarse con arreglo a ley respecto del pedido de vacancia formulado por Benigna Yenny Valdivia Rivera contra el alcalde de la Municipalidad de Distrital de Cerro Colorado, Manuel Enrique Vera Paredes; debiendo, para tal efecto, tener presente lo normado en los artículos 23° y 41° del cuerpo normativo precitado, como también el Instructivo del Procedimiento de Vacancia de Autoridades Municipales, elaborado por la Secretaría General del Jurado Nacional de Elecciones;

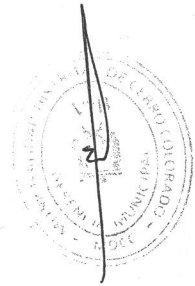
Puesto así de conocimiento de los miembros del Concejo Municipal en Sesión Extraordinaria de Concejo N° 23-2016-MDCC de fecha 07 de Noviembre del 2016, luego del debate sobre el asunto que nos ocupa, con la respectiva dispensa de la lectura y aprobación del acta por **MAYORIA**, en estricta aplicación de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, emite el siguiente.

ACUERDO:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de vacancia por la causal de restricciones de contratación presentada por la ciudadana Benigna Yenny Valdivia Rivera contra el Econ. Manuel Enrique Vera Paredes, alcalde de la Municipalidad Distrital de Cerro Colorado.

ARTÍCULO SEGUNDO: **ENCARGAR** a Secretaría General su notificación y archivo conforme a Ley.

MANDO SE REGISTRE, COMUNIQUE Y CUMPLA.



MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CERRO COLORADO

Econ. Manuel E. Vera Paredes
ALCALDE