



RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 830 -2012-A/MPSM

Tarapoto, 28 de Diciembre del 2012

VISTOS:

El Informe N° 010-2012-CPPAD/MPSM, de fecha 14 de Diciembre del 2012, con los anexos que se tienen a la vista, que con la Resolución de la referencia, se dispuso instaurar procedimiento administrativo disciplinario al servidor municipal contratado-abogado Jhon TAFUR PUERTA, adscrito a la DEMUNA de la Municipalidad Provincial de San Martín por incumplimiento de la prohibición de doble retribución establecida por el artículo 40 de la Constitución Política del Perú, artículo 7 del Decreto Legislativo N° 276, por concepto de asesoría legal externa de la UGEL San Martín y de la UGEL Picota, que además implicaría quebrantamiento de su deber previsto por el artículo 3 inciso d) del Decreto Legislativo N° 276 e incumplimiento de la citada norma constitucional y legal prevista por el artículo 21 inciso a) del mismo cuerpo legal y artículo 139 primer párrafo del D.S. N° 005-90-PCM, así como infracción a la prohibición ética de mantener intereses de conflicto previsto por el artículo 8 inciso 1 de la Ley N° 28715.

Que, el procesado Jhon Tafur Puerta, mediante su pliego de descargo presentado alega que: i) la supuesta doble percepción no se encuentra tipificada como falta por el artículo 28 inciso a) del Decreto Legislativo N° 276, es más ni siquiera ha sido mencionada como una prohibición en las mismas; ii) la supuesta doble percepción tampoco representa infracción a la prohibición de mantener intereses de conflicto porque ha prestado servicios bajo la modalidad de locación de servicios en la UGEL Picota con quien la Municipalidad no tiene relación contractual, comercial, funcional, geográfica ni de ninguna naturaleza no ni por el artículo 10.1 de la Ley N° 27815, iii) su relación contractual con la UGEL Picota se limita a una sola única prestación y el resto están referidos a la prestación de servicios del Estudio Jurídico T&C EIRL, persona jurídica de derecho privado, distinta a la persona del recurrente, aun cuando admite es de su propiedad, y esto no configura doble percepción porque los honorarios no constituyen remuneraciones y; iv) finalmente afirma que no se le puede limitar el ejercicio de la libertad de trabajo y de empresa mediante este procedimiento bajo supuestas faltas administrativas que carecen de sustento legal y fáctico.

Que, no existiendo la necesidad de realizar otros actos de investigación, es oportuno emitir la decisión correspondiente; y

CONSIDERANDO:

Que, la prohibición de acumulación de empleos y cargos públicos remunerados. El artículo 40 de la Constitución de 1993 establece que ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. Igual regulación se encontraba contenida en el artículo 58 de la Constitución de 1979 y en el artículo 18 de la Constitución de 1933, y tuvo su origen en el artículo 12 de la Constitución de 1920. Esta disposición constitucional prohíbe la acumulación de empleos y cargos públicos remunerados y tiene sustento doctrinal en la necesidad de maximizar el acceso a los cargos públicos, derivado del derecho de todo ciudadano de participar en los asuntos públicos (artículo 2, inciso 17 de la Constitución); y en el deber de dedicación exclusiva al cargo exigencia que se justifica en la necesidad de que las labores asignadas se cumplan adecuadamente.

Que, el desarrollo de esta norma constitucional se encuentra notado en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 276, según el cual ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado y añade, es incompatible asimismo la percepción simultánea de remuneraciones y pensiones por servicios prestados al Estado, estableciendo como única excepción a ambos principios la función educativa. A su vez el artículo 139 de su Reglamento, aprobado por D.S. N° 005-90-PCM, señala que ningún empleado público podrá recibir ingreso adicional de otra entidad pública, en tanto mantenga vínculo con una Entidad de la Administración Pública.

Que, por su parte el artículo 3 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, concordante de la citada norma constitucional establece la prohibición de doble percepción de ingresos, al precisar que ningún empleado público puede percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso, salvo las que provenga de la función docente y la percepción de dietas por participación en un directorio de entidad o empresa pública. Hay que advertir de esta norma que el legislador, al regular en la Ley Marco la prohibición de doble ingreso para el empleado público, la ha hecho extensiva a cualquier denominación que pueda tener el segundo ingreso.

Doble vinculación con una misma entidad pública. Esta posibilidad debe ser examinada desde dos perspectivas: i) desde la de las normas que establecen el deber del empleado público de desempeñar durante su jornada las labores que le han sido encomendadas, y no dedicarse a labores diferentes y; ii) desde la de las normas que regulan la doble percepción de ingresos del Estado.

Que, con relación a lo primero, la Ley Marco del Empleo Público establece que todo empleado tiene la obligación de prestar los servicios de forma exclusiva durante la jornada de trabajo, salvo labore docente, la cual podrá ser ejercida fuera de la jornada de trabajo (artículo 16, inciso b). A partir de esta norma se tiene que, en términos generales, los servidores públicos no pueden dedicarse dentro de la jornada a labores diferentes a las que

le corresponde cumplir en la entidad a la que se encuentran vinculados y, de ejercer docencia (en una entidad pública o privada), lo deben hacer fuera de dicha jornada.

Que, el principio general, sometido a taxativas excepciones, es que el desempeño de un puesto de trabajo es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometerse su imparcialidad o independencia.

Que, con relación a lo segundo el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución expresamente señala que se encuentra prohibido que un funcionario ejerza más de un empleo o cargo público remunerado; y en su tercer párrafo obliga a los funcionarios públicos y otros servidores públicos a la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben, en razón de sus cargos.

Que, la distinción entre remuneración y otros ingresos resulta fundamental para determinar el alcance de la prohibición constitucional toda vez que, de lo contrario, estaríamos afectando derechos fundamentales (como el derecho al trabajo y a la libertad de contratación), sin un fundamento válido que lo sustente.

Que, para entender el alcance de lo expresado en los dispositivos legales glosados, es necesario tener en cuenta dos conceptos utilizados en los mismos, los cuales son: Estado e ingresos. Entendemos por Estado, la forma de organización social soberana y coercitiva, formada por un conjunto de instituciones involuntarias, que tiene el poder de regular la vida nacional en un territorio determinado. En este sentido, todas las instituciones públicas, se encuentran bajo el ámbito de las normas que se emitan para su regulación en temas específicos. Por su parte, considerase ingresos al “Total de sueldos y productos de toda clase que se obtiene mensual o anualmente”.

Prohibición de doble percepción de ingresos. Ahora bien, en tanto los dispositivos antes citados han establecido que se encuentra prohibido realizar más de una actividad remunerada y subordinada, para el Estado, entendido éste en su máxima expresión, así como tampoco recibir contraprestación, independientemente de la denominación (remuneración, honorarios, retribución, emolumento, pensión), podemos concluir que ningún servidor o funcionario que desempeñe función pública se encontraría habilitado para recibir contraprestación adicional de otra entidad pública, en tanto mantenga un vínculo con una Entidad de la Administración Pública; excepto las que se encuentran expresamente permitidas (docencia y participación en directorios de entidades y empresas del Estado).

Que, de lo señalado resulta necesario precisar que el elemento principal para que se configure la prohibición de doble percepción es el desempeño de la función pública. Es que, independientemente de la vinculación (contrato laboral, nombramiento, contrato administrativo de servicio, locación de servicios, entre otros) entre el Estado y la persona que brinda un servicio, en tanto ésta desempeñe función pública se encontrará inmersa en

la prohibición. La excepción a esta regla la constituye la labor docente y la percepción de una dieta.

Implicancias de la doble percepción. Como se ha mencionado, de acuerdo a la Ley Marco del Empleo Público, en el Sector Público está prohibido percibir del Estado más de una remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso, salvo por función docente y percepción de dietas.

Que, el incumplimiento de dicha prohibición, vulnera el interés general e impide la existencia de una relación válida, por lo que cualquier declaración o acto de la Administración Pública a partir de dicho incumplimiento es nulo de pleno derecho, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales, conforme al artículo 9 de la Ley Marco del Empleo Público, concordante con el artículo 23 inciso g) del Decreto Legislativo N° 276.

Que, el Impedimento para ser participante, postor y/o contratista. En cuanto a la prestación de servicios del Estudio Jurídico T&C EIRL a la UGEL SM el procesado admite que esta es de su propiedad y en tal condición ha celebrado contratos de servicios no personales con la UGEL San Martín para asesoría legal externa, contraviniendo el artículo 10 incisos d) y g) de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017, según el cual están prohibidos de ser participantes, postores y/o contratistas los servidores públicos y las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria, presupuesto concurrente en este caso porque el procesado tiene una participación del ciento por ciento (100%) del capital del Estudio Jurídico del que es titular, contravención que acarrea nulidad del contrato, conforme sanciona el párrafo final del citado artículo.

Que, el principio de legalidad y tipicidad en el proceso administrativo disciplinario. El principio de legalidad constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley".

Este principio en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Se ha establecido, además, que dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como la de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley.

Que, sin embargo, no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos.

Que, por consiguiente, el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

Que, en el caso concreto, fluye del hecho imputado y admitido por el procesado, además corroborado con los recibos de honorarios, que ha percibido otros ingresos económicos de la UGEL San Martín y de la UGEL Picota, encontrándose vigente su relación laboral con la Municipalidad Provincial de San Martín, conducta prohibida por el artículo 7 del Decreto Legislativo 276 cuyo incumplimiento está tipificado como falta por el artículo 28 inciso a) de la misma ley que expresamente señala: "Son faltas de carácter disciplinarias...a) El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su elemento." Y el artículo 150 de su Reglamento, aprobado por D.S. N° 005-90-PCM que considera falta disciplinaria toda acción u omisión, voluntaria o no, prohibiciones y demás normatividad específica sobre los deberes de los servidores y funcionarios establecido en el artículo 28 y otros de la Ley y del presente Reglamento, como el artículo 139 de éste que dice: "Mientras dure su relación laboral con la Administración Pública, a través de una entidad, tanto los funcionarios como los servidores están impedidos para desempeñar otro empleo remunerado y/o suscribir contrato de locación de servicios bajo cualquier modalidad con otra entidad pública o empresa del Estado, salvo para el desempeño de un cargo docente."

Mantener intereses de conflicto. Un conflicto de intereses surge cuando una persona, como funcionario empleado de la organización o institución, es influenciada por consideraciones personales (e incluso institucionales) al realizar su trabajo. Por ello, existe (de hecho) o puede existir (potencial) conflicto de intereses cuando en el ejercicio de las labores dentro de una organización o institución sobreviene (o puede sobrevenir) una contraposición entre los intereses propios y los de la institución.

Así, una persona incurre en un conflicto de intereses cuando, en vez de cumplir con lo ofrecido, actúa en beneficio propio o de un tercero. Ello implica ser desleal o significa no honrar el compromiso con lo que su comportamiento no deviene en uno recto y probo.

Que, el supuesto de hecho descrito se encuentra previsto por el artículo 8 inciso 1 de la Ley N° 27815 “Código de Ética de la Función Pública”, según el cual el servidor público está prohibido de mantener intereses de conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo.



En el presente caso, la situación de hecho presentada por la doble percepción de ingresos que tenía el procesado, generaba intereses de conflicto potencial porque podría sobrevenir una contraposición entre los intereses personales o de las UGELs y los de la Municipalidad que generaría un comportamiento incorrecto.

Que, el Principio de razonabilidad y proporcionalidad para la imposición de la sanción. Corresponde ahora analizar la sanción a imponer y para ello debemos tener presente los principios de razonabilidad proporcionalidad previsto por el artículo 200, último párrafo, de la Constitución Política del Perú, concordantes con los artículos 27 del Decreto Legislativo N° 276 y 151 de su Reglamento aprobado por el D.S. N° 005-90-PCM de modo tal que la decisión no sea arbitraria sino justa para lo cual debe valorarse la naturaleza de la acción, los antecedentes de medidas disciplinarias, la situación jerárquica de la procesada (razonabilidad); la adecuación, la necesidad y la ponderación de la medida disciplinaria aplicable al caso concreto (proporcionalidad).

Ha quedado demostrado que: 1) la conducta de incumplimiento de la prohibición normativa de doble percepción fue desarrollado de manera consciente e irresponsable, supeditando el servidor municipal procesado su interés personal al interés general; 2) durante el desempeño de la función pública administrativa el procesado no registra medida disciplinaria en su informe escalafonario por falta alguna; 3) no ha incurrido en reincidencia; 4) está admitido por el procesado que es de profesión abogado por lo que no podía ignorar la norma que le prohibía doble percepción de ingresos remunerativos o de cualquier otra naturaleza, pues el ejercicio del derecho a contratar, a trabajar es con sujeción a ley (artículo 2.14 y 2.15 de la Constitución); 5) la necesidad y adecuación de una determinada sanción a imponer tiene directa relación con la optimización de la misma, teniendo en cuenta que en el plano de los hechos no existe otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión a adoptar para lograr que el procesado enmienda su

comportamiento; y 6) la ponderación de las posibilidades jurídicas que permite el artículo 26 del Decreto Legislativo N° 276 aplicable al presente caso, todo lo cual permite una elección adecuada de la medida disciplinaria de cese temporal pertinente a la conducta investigada.

Por su parte el artículo 10 de la Ley N° 27815 establece que la transgresión de las prohibiciones éticas se considera infracción al Código de Ética de la Función Pública, generándose responsabilidad pasible de sanción

Por estas razones, en aplicación de lo previsto por los artículos 25 y 26 inciso c) del Decreto Legislativo N° 276, y 153, 155 inciso c) y 158 del Decreto Supremo N° 005-90-PCM coincidiendo con las recomendaciones que contiene el Informe del CPPAD y en ejercicio de la facultad que confiere el artículo 20 inciso 6 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: IMPONER al trabajador municipal, abogado Jhon, **TAFUR PUERTA**, servidor público adscrito a la DEMUNA de la Municipalidad Provincial de San Martín, la medida disciplinaria de acuerdo al Decreto Legislativo N° 276, Artículo 26º Inciso b) de SUSPENSIÓN sin goce de remuneraciones por DOS DÍAS, por la falta de incumplimiento de la prohibición de doble percepción de ingresos de Entidades Públicas (remuneración de la Municipalidad Provincial de San Martín y otros ingresos de distinta naturaleza (honorarios por asesoría externa) de las Unidades de Gestión Educativa Local de San Martín y de Picota, que ha resultado debidamente acreditado con su declaración asimilada y con los recibos de honorarios que ha emitido.

ARTÍCULO SEGUNDO. Esta resolución da por agotada la vía administrativa, en consecuencia procédase a su cumplimiento, de conformidad con lo que establece el artículo 192 de la Ley N° 27444, debiendo regístrese la medida disciplinaria como demérito en el escalafón correspondiente.

ARTICULO TERCERO. COMUNICAR a la UGEL San Martin-Tarapoto, y UGEL- Picota, así como a la Procuraduría Municipal de la Municipalidad Provincial de San Martín, a fin que se proceda a tomar las acciones legales que estimen convenientes.

ARTICULO CUARTO. DAR cuenta a la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios, Gerencia Municipal, Oficina de Asesoría Jurídica, Gerencia de Administración y Finanzas, Oficina de Control Interno, Oficina de Recursos Humanos, e interesado para los fines consiguientes.

Regístrese, Comuníquese, Cúmplase y Archívese.

C.C
CPPAD.
GM.
GAF.
OCI.
ORH.
Interesado.

