



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

Exp. N° 2008-905

Lima, veintitrés de febrero de dos mil nueve

VISTO en audiencia pública de fecha 23 de febrero de 2009 el recurso de apelación interpuesto por don **Amilton Villacrés Amaya** contra el Acuerdo del Concejo Municipal N° 144-SE-MPM que declaró infundado el recurso de reconsideración planteado contra el Acuerdo de Concejo N° 127-SE-MPM que a su vez resolvió rechazar la solicitud de vacancia del regidor **Fernando Tunjar Wong** en la Provincia de Maynas, departamento de Loreto.

I. ANTECEDENTES

El día 30 de septiembre de 2008, el ciudadano **Antonio Villacrés Amaya** interpone solicitud de vacancia contra **Fernando Tunjar Wong**, regidor del Concejo Provincial de Maynas, por haber incurrido en causal prevista en el inciso 9 del artículo 22 de la Ley Orgánica de Municipalidades en base a las siguientes consideraciones.

Manifiesta el actor que en fecha 04 de abril de 2007, luego del respectivo proceso de licitación pública, fue suscrito entre la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Maynas S.A. (empresa de propiedad de la Municipalidad Provincial de Maynas) y el Consorcio Maynas S.A., el Contrato para Ejecución de la obra “Construcción de la sede principal de la CMAC”.

En dicho acuerdo se estipulaba que la contratista, Consorcio Maynas S.A., podría subcontratar con otras empresas sobre aspectos específicos con la finalidad de cumplir con el objeto del contrato. Ello se habría materializado en el acuerdo celebrado con la empresa Construcciones y Servicios Lifer S.A.C., de fecha 21 de mayo de 2007, para ejecutar trabajos de “estructuras de la obra”, empresa de la que es accionista el regidor Fernando Tunjar Wong con el 20% de participación.

Este hecho habría configurado la causal prevista en el inciso 9 del artículo 22 de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, que prevé la vacancia del cargo de alcalde o regidor para quien haya infringido el artículo 63 de la misma ley, esto es, la prohibición de contratar sobre bienes municipales. Entiende el solicitante que la sola participación del regidor Tunjar Wong en la empresa que subcontrata con la contratista, Consorcio Maynas, para la construcción del local de la caja Municipal de Ahorro y Crédito conlleva a entender que existe un contrato sobre bienes municipales.

El solicitante adjunta los siguientes medios probatorios: una copia del “Contrato para la Ejecución de la obra: Construcción de la sede principal de la CMAC Maynas S.A.” suscrito entre la Caja Municipal y el Consorcio Maynas S.A. (fojas 143), así como el



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

denominado “Sub-contrato de Trabajos Obras Civiles” (sic) suscrito entre el Consorcio Maynas y Construcciones y Servicios Lifer S.A.C. (fojas 152).

El Concejo Provincial de Maynas, por **Acuerdo N° 127-SE-MPM**, de fecha 13 de octubre de 2008 decide rechazar por unanimidad la solicitud de vacancia al cargo de regidor interpuesto (fojas 134).

- El 16 de octubre de 2008, Amilton Villacrés Amaya presenta **recurso de reconsideración**, para que se revoque la anterior decisión y se declare la vacancia solicitada. Adjuntando para ello, la Declaración Jurada del ciudadano Pedro Pablo Soto Ruiz quien asegura haber trabajado para Construcciones y Servicios Lifer S.A.C., empresa de propiedad Fernando Tunjar, en la Construcción de la CMAC Maynas y en la que el referido regidor municipal participaba supervisando las obra junto a su socia la señora Lidia Vílchez Oliva (fojas 116 y 117).

- El Concejo Provincial, mediante **Acuerdo N° 144-SE-MPM**, del 14 de diciembre de 2008, acordó rechazar el recurso de reconsideración y por ende, desestimar, una vez más el pedido de vacancia del referido regidor (fojas 107).

- El día 16 de diciembre de 2008, el actor presenta **recuso de apelación** bajo los mismos argumentos, adicionando a su recurso nuevas instrumentales entre las que se pueden mencionar: i) un contrato de locación de servicios suscrito entre el señor Pedro Pablo Ruiz y Consorcio Maynas (fjs. 42 y 43); ii) una constancia de trabajo del mismo ciudadano, expedido por el Administrador de la Obra construcción de la sede principal de la CMAC-Maynas”, de fecha 25 de agosto de 2007 (fojas 44) ; iii) tres tareas o reportes de ingreso y salida de los obreros trabajadores de la misma obra, con los nombres de los mismos, pero sin firma o inscripción de algún representante de la empleadora (fojas 46-48); iv) un reporte en papel membretado de los trabajadores afiliados por la empresa Construcciones y Servicios Lifer S.A.C en la AFP Profuturo (fojas 49); v) cinco declaraciones juradas de los señores Wilder Dávila Fasabi, Fausto Junio Vásquez Rengifo, Pedro Gonzales Núñez, Joaquín Hurtado Tuesta y Julio César Paz Rojas, en las que señalan de manera uniforme haber trabajado para la empresa Construcciones y Servicios Lifer S.A.C.. en la construcción del local de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Maynas (fojas 50, 60, 67, 78 y 89); vi) diversas boletas de remuneraciones a nombre de los trabajadores antes mencionados emitidas por la empresa Construcciones y Servicios Lifer S.A.C.; vii) constancias de notificación de diversas invitaciones a conciliar expedidas por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo sobre liquidación y beneficios sociales, viii) dos boletas de pago expedidas por el Consorcio Maynas a nombre de Fausto Junior Vásquez Rengifo (fojas 63 y 64); ix) un certificado de trabajo a nombre de Julio César Paz Rojas por haber laborado en la construcción de la sede de la CMAC.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Tres son las cuestiones que este Jurado debe resolver:



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

- i) la relativa a hechos y se refiere a la existencia o no de un subcontrato de obra entre la contratista Consorcio Maynas S.A. y Construcciones y Servicios Lifer S.A.C., empresa de la que es accionista el regidor Fernando Tunjar Wong;
- ii) la relativa a los alcances de la prohibición de contratar de los alcaldes expresada en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades; y
- iii) si el regidor en referencia infringió algunas de las prohibiciones que sean merecedoras de la vacancia.

III. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

A. Cuestiones de hecho: existencia del subcontrato

1. En varias partes del expediente, especialmente en las actas de las sesiones de Concejo Municipal que dan sustento a los Acuerdos N°s 127-SE-MPM y 144-SE-MPM hoy impugnadas, se cuestiona la autenticidad del contrato suscrito entre Consorcio Maynas SA y Construcciones y Servicios Lifer S.A.C., dado que el solicitante adjunta a su escrito una simple y en muchas partes ilegible copia de tal documento. Abonan a favor de la suspicacia acerca de la inexistencia de dicho acuerdo, la transcripción a fojas 127 de la Carta N° 596-2008-CMAC-M, de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Maynas por la que esta entidad niega haber autorizado ni tener conocimiento de un subcontrato entre Consorcio Maynas S.A. y Construcciones y Servicios Lifer S.A.C. con el objeto de participar en la construcción de su local institucional.

Igualmente, se puede leer del Acta de la Sesión de Concejo del 13 de octubre de 2008 (que da origen al Acuerdo N° 127-SE-MPM) que el regidor Fernando Tunjar Wong alcanza a los demás miembros del colegiado municipal una carta suscrita por la empresa CEBA S.A, dirigida a la Municipalidad de Maynas, por la que se señala que “Consorcio Maynas trató la posibilidad de un subcontrato con la referida empresa, la misma que estuvo representada por la señora Livia Teonila Vílchez Oliva, este subcontrato no llegó a concretarse debido a que la representante de la mencionada empresa no presentó su registro de contratista” (fojas 127).

2. La mencionada inexistencia del subcontrato es un argumento recurrente de los regidores y que sin duda incidió en la decisión del Concejo para rechazar la solicitud de vacancia y el posterior recurso de reconsideración. La determinación de la existencia del contrato (o subcontrato) es un tema importante para este colegiado electoral, dado que es la prueba del nexo existente entre el regidor y la obra municipal, hecho que, en opinión del solicitante, demostraría la infracción de la prohibición contenida en el artículo 63 de la LOM. Si el hecho es inexistente, entonces no habría infracción alguna y el regidor no podría ser vacado.

El solicitante ha adjuntado otros documentos para apoyar su convicción de la existencia del referido contrato. Ellos han sido incorporados al expediente en la fase de apelación ante este Jurado Nacional. Sin embargo, como es deber del juez electoral analizar los



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución Nº 171 - 2009 – JNE

argumentos de las partes y las instrumentales obrantes en autos, así como su análisis en conjunto, en pro de la legalidad y de la constitucionalidad de la actuación de los entes nacidos de la voluntad popular, debe mencionarse que solo algunas de ellas tiene valor para acreditar la existencia de una relación contractual entre Consorcio Maynas, empresa ganadora de la licitación para la construcción del local institucional de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Maynas S.A., y Construcciones y Servicios Lifer S.A.C., empresa de cuyo accionariado participa el regidor Fernando Tunjar Wong.

3. Si bien el regidor cuya vacancia se solicita ha dejado entrever la inexistencia del subcontrato en referencia, es notorio que en la primera oportunidad que tuvo para dirigirse a este colegiado electoral no haya hecho mención de este argumento ni menos aún en la vista de la causa ante esta sede jurisdiccional. Ello, aunque puede ser una muestra de la actividad procesal del regidor, no constituye un hecho concluyente respecto a la veracidad de lo que se trata de probar. Es más bien el análisis conjunto de las instrumentales, como mencionamos más arriba, lo que ha de generar convicción en el juzgador y servir de base para su decisión.

A través de declaraciones juradas con firmas certificadas ante Notario Público, los ciudadanos Wilder Dávila Fasabi, Fausto Junio Vásquez Rengifo, Pedro Gonzales Núñez, Joaquín Hurtado Tuesta y Julio César Paz Rojas expresan haber trabajado ante la empresa Construcciones y Servicios Lifer S.A.C. en la construcción del local de la Caja de Ahorro y Crédito Municipal de Maynas (CMAC). Al margen de que se trata de una declaración jurada personal, también abonan a favor de la existencia del subcontrato entre la contratista y la empresa del regidor, las boletas de pago emitidas por Construcciones y Servicios Lifer S.A.C. que indican que se trata de la retribución por trabajar en la obra materia del contrato entre Consorcio Maynas S.A. y la CMAC (fojas 103 y 104). Ello es así porque si una empresa retribuye económicamente a sus trabajadores (Construcciones y Servicios Lifer S.A.C.) por realizar trabajos en una obra estatal que ha sido encargada a otra (Consorcio Maynas S.A), entonces es evidente existe también una relación contractual entre estas dos empresas. De otra manera no se entiende que Construcciones y Servicios Lifer S.A.C disponga la realización de jornadas de trabajo, bajo su cuenta y pago, en la construcción de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Maynas, obra encargada a Consorcio Maynas S.A.

4. En este punto no podemos dejar de mencionar algo que abordaremos con mayor detenimiento después: la prohibición de contratar que indica el artículo 63 de la LOM no se refiere únicamente al contrato válidamente celebrado sino al efectivamente ejecutado. En efecto, el hecho de que Consorcio Maynas S.A. haya subcontratado con Construcciones y Servicios Lifer S.A.C. sin poner en conocimiento de este hecho a la CMAC (infringiendo el numeral 7 de la cláusula quinta: obligaciones de la contratista) hace que este subcontrato esté viciado de nulidad pero no por ello menos eficaz. Por eso, en términos generales, a efectos de demostrar la realización de un contrato no importa tanto la validez o invalidez del título habilitante (en este caso la anuencia que debió solicitarse a la CMAC) sino el acuerdo de voluntades entre ambas partes y, como dato confirmatorio, la realización de las prestaciones.



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución Nº 171 - 2009 – JNE

5. Asimismo, este colegiado no le otorga valor probatorio para demostrar la relación contractual entre el Consorcio Maynas S.A. y Construcciones y Servicios Lifer S.A.C. al resto de instrumentales, tales como las demás boletas de pago de remuneraciones emitidas por esta última a los ciudadanos antes mencionados, ya que no especifican que el pago se hace por trabajar en la construcción de la CMAC

Tampoco tiene valor probatorio para lo que se discute en este proceso las otras instrumentales como las constancias de notificación de diversas invitaciones a conciliar expedidas por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo sobre liquidación y beneficios sociales, dado que solo demostrarían la existencia de una pretensión de orden laboral entre Construcciones y Servicios Lifer S.A.C. y sus trabajadores, más no con la obra objeto de contrato entre Consorcio Maynas S.A. y la CMAC.

6. Así, por más que el regidor que es parte de este procedimiento de vacancia no ha negado categóricamente la realización del subcontrato entre la empresa de la que participa accionarialmente y la ganadora de la licitación para la construcción del local de la CMAC (ni del documento que lo representa), este colegiado electoral llega al convencimiento de que el contrato sí existió, pasando ahora discutir las cuestiones de derecho relativas al alcance de la prohibición contenida en el artículo 63 de la LOM.

7. Antes de ello, debe resaltarse el hecho de que en la sesión de fecha 13 de octubre de 2008 el regidor Fernando Tunjar Wong, cuya vacancia se solicita manifiesta tener en su poder los originales de una comunicación a él remitida por la empresa Ceba S.A., que, como parte del Consorcio Maynas S.A., puede aseverar con seguridad que tal contrato no existió. Tal documento obra en el expediente a fojas 29, y sirvió para que el Concejo Provincial de Maynas rechace la solicitud de vacancia interpuesta. Toda vez que este colegiado ya ha concluido que en el presente caso tal relación contractual con Construcciones y Servicios Lifer S.A.C. sí existió, somos de la opinión de que se ha faltado a la verdad y, por ende, consideramos necesario que tal hecho se investigue; razón por la cual, una vez ejecutoriada la presente resolución, se pondrá en conocimiento de los actuados tanto al Ministerio Público como a la Contraloría General de la República para que procedan de acuerdo a sus atribuciones.

B. Cuestiones de Derecho: la restricciones de los alcaldes, regidores, funcionarios y demás servidores municipales en la contratación de bienes municipales según el artículo 63° de la Ley Orgánica de Municipalidades

La necesidad de un cambio jurisprudencial

8. No ha sido pocas, en los años de vigencia de la mencionada Ley Orgánica de Municipalidades, las veces en que este Jurado Nacional de Elecciones se ha visto en la necesidad de interpretar el referido artículo 63 debido a las abundantes solicitudes de vacancia que sobre este tema han llegado a nuestro conocimiento. Es más, ello constituye una muestra de la preocupación de la ciudadanía en general y de quienes están cerca de la administración municipal respecto de la corrección del manejo de los



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

fondos y bienes municipales por quienes tiene el encargo de procurar el bien común y el uso efectivo de sus recursos.

La importancia de la labor de este Jurado en la defensa de la voluntad popular impone una continua revisión de los fundamentos sobre los que resuelve, en la medida que es consciente de que solo con criterios claros la ciudadanía podrá ejercer sus derechos de participación y control ciudadanos en resguardo del correcto ejercicio del poder político emanado de las urnas. Más aun si, como en el caso de las la vacancia del cargo de Alcalde o regidor, la infracción del artículo 63 puede ser solicitada por cualquier ciudadano.

Siendo el Jurado Nacional de Elecciones instancia suprema en la administración de justicia electoral (artículos 181 y 178, inciso 4 de la Constitución), le corresponde a este colegiado señalar los criterios de interpretación del ordenamiento electoral en su conjunto, de acuerdo con los principios y valores constitucionales, y que deben ser seguidos por todos los actores intervinientes en las elecciones y consultas populares.

9. Así pues, en el tema de la interpretación del artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades pueden identificarse hasta el momento, dos tendencias.

Una primera, representada por la **Resolución N° 755-2006-JNE**, de fecha 5 de mayo de 2006. En dicho caso, llegaba a conocimiento del Jurado la solicitud de vacancia contra el Alcalde del distrito de Buldibuyo por haber permitido (propiciado y no impedido) que el Concejo Municipal realice la compra de un terreno de propiedad de su madre. El criterio por el que se decidió vacar al referido Alcalde se contiene en el siguiente párrafo:

“(…) lo cierto es que el alcalde con una supuesta omisión permitió que se lleve a cabo una compra venta en la que tenía interés personal por ser la vendedora su madre, toda vez que resulta razonablemente imposible suponer que el alcalde estuviera al margen de dicha transacción (...)” (Considerando 14).

Aquí el Pleno realizó una interpretación extensiva del artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades, al entender que se encontraban proscritos los contratos en los que se ponga de manifiesto la existencia de un interés personal.

Nótese, que la mencionada Resolución refiere que la finalidad de la prohibición del artículo 63 es evitar el “aprovechamiento del cargo en beneficio de un interés particular”, el que estaría representado en el favorecimiento indebido a la madre del alcalde. La referencia al “interés particular” hace recordar a la derogada Ley N° 23853 en la que se declaraba la vacancia por haber sobrevenido una incompatibilidad del ejercicio del cargo de alcalde o regidor, una de las cuales, según rezaba el artículo 23, inciso 7: “No pueden desempeñar los cargos de Alcalde o regidores: (...) las personas naturales y los representantes de las sociedades que tengan interés, en las concesiones o en los contratos otorgados o en trámite de otorgamiento por la Municipalidad”.



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

Un segundo criterio adoptado por este Jurado Nacional de Elecciones está representado por la **Resolución N° 229-2007-JNE**, de fecha 4 de diciembre de 2007. En dicho caso se solicitó la vacancia del cargo de un regidor del Concejo Provincial de Utcubamba por haber intervenido como representante de una empresa particular en la venta de diversos bienes de menor valor a la empresa de saneamiento municipal. El criterio para rechazar la solicitud de vacancia se basa en lo siguiente:

“(…) para considerar configurada la causal invocada deben cumplirse los supuestos recogidos por el artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, norma que dispone que para tal efecto, tratándose del acto de adquisición por parte del alcalde o del regidor (...) este debe estar referido a bienes municipales, comprobándose en el caso de autos que ninguno de los componentes de dicho supuesto se ha cumplido, es decir, ni el regidor en cuestión ha realizado alguna adquisición (...) ni ha habido de por medio bienes municipales” (Considerando 10).

El criterio glosado es claro en señalar que la infracción del artículo 63, y la consecuente procedencia de la vacancia del alcalde o regidor, solo será posible si la intervención de estos se da en calidad de adquirente de un bien municipal, cuestión que no se produciría si el funcionario municipal interviene en calidad de transferente de un bien propio para la municipalidad, a pesar de que como contraprestación reciba caudales municipales, como ocurrió en el caso en referencia. Con este criterio, el Pleno del Jurado se apartó del antecedente que hasta aquel momento había servido de modelo en las posteriores resoluciones.

10. El Jurado Nacional de Elecciones es consciente de que un continuo cambio de los criterios de interpretación de las normas que regulan las funciones de los órganos y funcionarios elegidos por voluntad popular no es conveniente; sin embargo, aprecia en esta oportunidad que el último criterio hoy vigente deja fuera una serie de actos que pudieran realizar los alcaldes y regidores que desnaturalicen la finalidad para que fueron elegidos: la búsqueda del bien común de sus electores representada por la función municipal encomendada. Este Jurado, atento a su misión de velar por la voluntad popular y administrar justicia electoral, de acuerdo al artículo 178 de la Constitución Política del Perú, se ve en la necesidad de uniformizar sus criterios en torno a la restricción de contratar respecto de bienes municipales contenido en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidad en tanto causal de vacancia de alcaldes y regidores.

El JNE comparte la preocupación de la ciudadanía en su conjunto por el adecuado manejo de los fondos municipales, más aún, si como consecuencia del crecimiento económico de los últimos años estos han variado positivamente. Precisamente, este hecho impone un mayor celo en el manejo de los bienes de las municipalidades, cuidando siempre que estos sean utilizados en la consecución de sus finalidades previstas en las leyes y la Constitución.

Por eso, en cumplimiento de su misión constitucional, este Jurado realizará una interpretación del referido artículo 63 acorde con las nuevas necesidades de nuestro



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

país, así como acorde con la preocupación ciudadana, conocida por esta sede jurisdiccional en los innumerables solicitudes de vacancia de alcalde y regidores que este colegiado conoce en última e irrevocable instancia. Esta interpretación tendrá en cuenta las características y funciones que desempeñan los funcionarios municipales aludidos en la norma, teniendo en cuenta, especialmente que el Alcalde tiene la competencia legal de suscribir obligaciones en representación de la municipalidad, como se verá más adelante.

Interpretación del artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades

11. El texto de la disposición señala lo siguiente:

Artículo 63°.- Restricciones de contratación

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. Se exceptúa de la presente disposición el respectivo contrato de trabajo, que se formaliza conforme a la ley de la materia.

Los contratos, escrituras o resoluciones que contravengan lo dispuesto en este artículo 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.

12. Una disposición jurídica puede, de manera muy básica, analizarse desde dos aspectos: desde el punto de vista de su objeto, el cual está representado por una conducta que se ha de realizar, o que no debe realizar, o que se debe dejar que se realice. En otras palabras, el objeto de una disposición normativa debe ser aquello que es ordenado, prohibido o permitido. Igualmente, toda disposición ha de señalar, expresa o tácitamente, quienes son sus destinatarios, es decir sobre quiénes recae el objeto de la norma. Del mismo modo, una disposición puede contener referencias a una pluralidad de sujetos y de objetos; respecto a esto último, queremos decir que pueden coexistir órdenes, prohibiciones y permisiones para uno o varios sujetos.

13. Son sujetos del artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades

- el alcalde
- los regidores
- los servidores municipales
- los empleados municipales
- los funcionarios municipales

Del mismo modo, podemos señalar algunos enunciados que de manera explícita constituyen objeto de la regulación del artículo 63 antes referido:

- la prohibición de contratar, rematar obras o servicios públicos municipales, ni adquirir sus bienes



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución Nº 171 - 2009 – JNE

- la permisión de suscribir contratos de trabajo
- la orden de declarar la nulidad de los contratos, escrituras o resoluciones suscritas o emitidas con infracción de la prohibición
- la orden de declarar la vacancia y la destitución de los sujetos intervinientes.

En los párrafos siguientes interpretaremos la referida disposición de ambos puntos de vista, tanto de las prohibiciones, órdenes y permisiones que contiene, como de la pluralidad de sujetos destinatarios.

Análisis de la prohibición: “no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales, ni adquirir (...) sus bienes”

14. El artículo 63 parece contener una incoherencia en su redacción. Enuncia en primer lugar una prohibición general: “no puede contratar” e inmediatamente después parece limitarse a los supuestos de “rematar obras o servicios municipales” y a la prohibición de adquirir sus bienes, los cuales constituyen formas específicas de contratar.

Existen dos formas de entender la redacción de esta primera parte del artículo 63 (prohibición de contratar):

- i) O se trata de una prohibición general que carece de límites específicos que el operador debe concretar en cada caso (previa interpretación).
- ii) O se trata de una prohibición específica relativa estrictamente a los supuestos que en el texto del 63 se señalan: obras y servicios públicos municipales.

Entre ambas posibles interpretaciones existe una diferencia: el alcance de la prohibición de contratar: en i) es general mientras que en ii) es restringido. Pero ambas son posibilidades literales de un mismo enunciado normativo.

Ahora bien si sólo se atiende a la segunda posibilidad, concluiríamos que nos encontramos ante un *numerus clausus* de prohibiciones: los cinco supuestos allí señalados¹. Por el contrario, si se entiende que existen cuatro prohibiciones específicas y una prohibición genérica, entonces la enunciación no agotaría los supuestos de prohibiciones del artículo 63 y antes bien podría dar pie a posteriores interpretaciones que amplíen o limiten sus alcances.

En general, es claro que en ningún caso, el producto de la interpretación es concluyente. A diferencia de la legislación como fuente del derecho que se agota en la expedición de la ley o la disposición; la jurisprudencia, al estar en contacto con casos concretos y al

¹ Nos referimos a los que se derivan de las prohibiciones aplicables al conjunto de sujetos destinatarios de la norma. Así, se tiene que: a) el *alcalde* no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales ni adquirir sus bienes; b) los *regidores* no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales ni adquirir sus bienes; c) los *servidores municipales* no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales ni adquirir sus bienes; d) los *empleados municipales* no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales ni adquirir sus bienes; y e) los *funcionarios municipales* no pueden contratar, rematar obras o servicios públicos municipales ni adquirir sus bienes.



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución Nº 171 - 2009 – JNE

requerir un conjunto de decisiones para su conformación, está en constante evolución y abierta a nuevas interpretaciones de cara a los casos que el órgano decisor vaya resolviendo.

15. Ahora bien, ¿qué interpretación es la correcta o por cuál se debe decantar este colegiado?

Para responder esta cuestión es menester atender a la finalidad de la norma: la protección del patrimonio de la municipalidad. El conjunto de disposiciones de la LOM tienen por finalidad la protección del patrimonio, en especial de los bienes municipales, razón por la cual no puede entenderse que estos se verán suficientemente protegidos con proscripción de realización de contratos únicamente sobre obras y servicios públicos. El alcance de la prohibición de contratar del artículo 63 será entonces general e incluirá, además de las obras municipales y los servicios municipales, cualquier contrato sobre bienes que integren el patrimonio municipal (artículo 56 de la LOM). Lo contrario, es decir, restringir la prohibición de contratar a los casos de obras y servicios municipales conlleva a una infraprotección del patrimonio municipal que no se deduce ni del conjunto de la normativa municipal ni es acorde con la finalidad constitucional de los gobiernos locales.

Abona en favor de optar por la interpretación de la prohibición de contratar como una prohibición genérica el hecho de que en la parte final del primer párrafo del artículo 63 diga:

“Se exceptúa de la presente disposición el respectivo contrato de trabajo, que se formaliza conforme a la ley de la materia”

Entonces, si la única excepción expresa es la suscripción del contrato de trabajo, eso quiere decir que la prohibición se refiere a la posibilidad general de suscribir cualquier clase de contrato.

En conclusión, lo sujetos señalados en el artículo 63 no pueden contratar en general sobre bienes municipales, con excepción del propio contrato de trabajo.

El contenido de la prohibición general de contratar

16. Una vez determinado que el artículo 63 señala una prohibición general de contratar, con prescindencia de si el objeto de tales contratos son obras municipales o servicios públicos municipales, es necesario establecer cuáles son sus alcances. Para ello se recurrirá en primer lugar a una interpretación del término “contratar”.

Contratar significaría así el acuerdo de voluntades en torno a una prestación (de dar, hacer o no hacer) con contenido patrimonial. En tal sentido, la prohibición no tendría por qué entenderse restringida a determinada clase de contratos, ni tampoco hace distinción



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

alguna a la posición contractual que ha de tener el alcalde o servidor municipal. Sea en calidad de parte activa o pasiva de la relación contractual, la prohibición ha de operar.

17. Para determinar la existencia de un contrato o, lo que es lo mismo, una relación contractual, debe atenderse a un criterio material o principio de realidad, según el cual más que exigir la demostración de la existencia de un documento formal debidamente suscrito por uno de los sujetos destinatarios de la prohibición del artículo 63 han de buscarse otros elementos que permitan concluir que existió un acuerdo de voluntades entre las dos partes respecto a la realización de determinadas prestaciones de contenido patrimonial. Otro elemento que puede servir es la comprobación de la realización de la contraprestación, dado que la mayoría de contratos son título oneroso y comportan relaciones sinalagmáticas o de prestaciones recíprocas, la constatación de una puede llevar a concluir la obligación de realizar la otra.

¿Qué clases de contratos se encuentran prohibidos?

18. Una muestra de los contratos que estarían prohibidos por la referida disposición lo encontramos en el código civil: compraventa, permuta, suministro, donación, mutuo, arrendamiento, comodato, depósito, fianza, etc.

Sin embargo, no es esta la única fuente de los contratos: existen los llamados contratos establecidos en otros cuerpos normativos como el código de comercio o leyes especiales. Incluso también aquellos contratos atípicos, es decir, los que no han sido recepcionados en alguna norma legal alguna pero que son reconocidos socialmente (p.e.: contrato de edición de obra)

19. En esta parte habría que hacer referencia a los contratos predispuestos o de consumo. Surge la siguiente pregunta: ¿podría celebrar el trabajador municipal un contrato de consumo cuyas cláusulas no son negociables sino que están predispuestas por una de las partes de la relación contractual? Parece evidente que sí, ya que en estos casos el servidor municipal no tendría capacidad para influenciar en los términos del contrato, además de que los destinatarios del contrato sería un número indeterminado de personas. Así entonces, no caería dentro de los alcances de la prohibición el hecho de que el trabajador municipal pueda comprar o adquirir un producto en un establecimiento abierto al público de propiedad de la municipalidad o la empresa municipal. Aquí el punto determinante es la incapacidad del funcionario municipal para favorecerse ya que los términos del contrato son los mismos para una serie de consumidores.

20. En resumen, la prohibición de contratar ha de operar:

- Respecto de cualquier clase de contrato civil, comercial, típico o atípico.
- Está exceptuada la participación en contratos predispuestos o de consumo en los que el funcionario municipal no puede negociar los términos contractuales y contrate los productos o servicios en una relación de consumo al lado de un número no determinado de participantes.



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución Nº 171 - 2009 – JNE

La prohibición de contratar se refiere a la parte adquirente o transferente de la relación contractual

21. La referencia a la prohibición de contratar sobre bienes municipales, que es la conclusión a la que hemos arribado luego del ejercicio interpretativo mostrado en los párrafos precedentes, así como la mención expresa a la prohibición de “adquirir (...) sus bienes”, induce a pensar que el artículo 63 solo proscribe la posibilidad de participar en calidad de adquirente pero no de transferente, ya que en este último caso, es el sujeto destinatario de la norma no adquiriría bien alguno, antes al contrario, es la municipalidad la que lo adquiere.

Tal conclusión es solo aparente: tanto el transferente como el adquirente hacen ingresar bienes a su esfera jurídica patrimonial. El adquirente obtiene bienes, el transferente obtiene dinero a cambio, lo cual constituye también un bien municipal en los términos del inciso 4 del artículo 56 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Entonces, se encuentra prohibido todo contrato en el que participe cualquiera de los sujetos señalados en el artículo 63, sea en la calidad de transferente como en la de adquirente.

La prohibición de contratar alcanza a los bienes y los servicios

22. Cuando el artículo señala que el alcalde y el resto de servidores municipales “no pueden contratar (...) sus bienes” pareciera excluir de esta prohibición la posibilidad de que el objeto de los contratos recaiga en los servicios; es decir, de que sea perfectamente posible que pueda contratarse servicios en los que intervenga los mencionados servidores municipales.

Esta conclusión es también errónea por dos razones:

En primer lugar, porque como ya se mencionó, sea cual fuere el objeto de contrato, incluso uno de servicios, la contraprestación a favor de cualquiera de las dos partes o será un caudal municipal o un bien material, salvo que se trate de intercambio recíproco de servicios, lo que en cualquier caso tiene una estimación o valor económico en el mercado.

En segundo lugar, porque es compatible con la finalidad de la norma el prohibir la posibilidad de contratar sobre servicios municipales.

La finalidad de la norma: sancionar la celebración de contratos en que se advierte un conflicto entre el interés de la municipalidad y el del funcionario

23. De todo lo hasta aquí visto, podemos señalar que la finalidad de la norma es evitar que se defraude el interés público por perseguir en su lugar el interés particular del alcalde, regidor, funcionarios, servidor o trabajador municipal.



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

Existen otros supuestos no contemplados expresamente en la norma y que merecen ser tuteladas porque son acordes con la finalidad antes señalada. Indicábamos más arriba que la interpretación no puede limitarse únicamente al texto de la ley ya que ello evitaría resolver conflictos que el juez conoce y cuya solución está obligado a procurar.

24. El Jurado Nacional de Elecciones ha conocido diversos casos que han implicado el mal uso de los bienes y recursos municipales y que sin embargo no caían en el supuesto exacto del artículo 63 de la LOM. Uno de ellos es el que ya hemos hecho referencia, en el que el Alcalde permite la adquisición, evidentemente a título oneroso, de un terreno de propiedad de su madre. El comportamiento del alcalde no estaba inmerso dentro de los supuestos explícitos de la norma: no fue él quien había suscrito el contrato de compraventa de la municipalidad a favor de su madre, ¿por qué sancionarlo entonces? Ocurre que si bien no cumplió con el tenor literal de la norma, existió en aquel caso un evidente conflicto de intereses: el interés público que debe dirigir la disposición de bienes municipales (en este caso los caudales municipales que servirán para pagar la compra) y el interés particular de favorecer a un pariente consanguíneo. Y el alcalde en aquel caso, tal como lo señala la Resolución N° 755-2006-JNE, decidió resolver el conflicto a favor del interés particular al decidir no intervenir en el contrato, a pesar de ser su obligación legal, y dejar que se disponga de caudales municipales a favor de su madre, a pesar de que como representante de la municipalidad pudo y debió intervenir. Su inexplicable ausencia hizo presumir al juez electoral que el alcalde con su no intervención, en desatención a sus deberes funcionales, trató de ocultar el interés subyacente en el contrato de compraventa. De allí que acertadamente se haya declarado la vacancia del alcalde en aquella oportunidad.

Este criterio debe ser mantenido. A pesar de que la correcta interpretación del artículo 63 permite contemplar varios supuestos de imposibilidad contractual, también deja de lado otros que atentan el patrimonio municipal y que también deben encontrarse prohibidos por ser acordes con su finalidad. Entonces, la norma puede y debe ser completada en vía de interpretación atendiendo a su finalidad: la prohibición de intervenir en contratos municipales cuando se presente un conflicto de intereses.

25. El conflicto de intereses constituye un elemento central en la interpretación de la prohibición de contratar: este se presenta cuando se celebran contratos sin respetar requisitos legales o aplicar criterios racionales (licitación pública, proceso de contratación abierto y transparente, elección de contratantes por tercero imparcial, etc.) que excluyan un favorecimiento indebido por quien se encuentra en una posición privilegiada (alcalde, regidores, etc.).

26. Dada la libertad probatoria que rige nuestro sistema jurídico, no es posible señalar una lista de medios probatorios que permitan concluir que se actuó en la búsqueda de un beneficio indebido. Baste decir que este podrá presumirse cuando se puede demostrar la existencia de una clase de vínculo entre el alcalde o servidor público y el beneficiario del contrato municipal y que no fue puesto en conocimiento de los órganos municipales correspondientes.



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución Nº 171 - 2009 – JNE

La transferencia de bienes municipales sin aprobación del Concejo Municipal

27. Otro de los supuestos que sin estar expresamente contemplado en el artículo 63 se encuentra también prohibido es el relativo a la transferencia de bienes municipales sin el acuerdo aprobatorio del Concejo Municipal. Ello es así porque si la finalidad de la norma es la protección del patrimonio municipal, mal podría permitirse que se dispongan de bienes municipales por el órgano ejecutivo (alcaldía) sin conocimiento o autorización del órgano legislativo y deliberante (concejo municipal). La prohibición que ya se encuentra en el artículo 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades para ser efectiva necesita de una sanción, tanto respecto del acto jurídico viciado como del funcionario infractor.

Se ha de considerar existente el conflicto de intereses si a pesar de que la normativa municipal impone requerir la aprobación del Concejo Municipal para disponer de un bien, el alcalde decide contratar directamente con un tercero sin someter su decisión a los criterios racionales y objetivos que ya hemos señalado en el fundamento 25 de la presente resolución. De allí que las consecuencias de este acto han de asimilarse a las contenidas en el artículo 63: la nulidad del contrato y la vacancia del alcalde.

Los funcionarios, servidores y trabajadores *municipales* que no laboran en la municipalidad

28. Entre los sujetos a quienes alcanza la prohibición debe contemplarse también aquellos que trabajan en las empresas municipales. Si bien estas constituyen personas jurídicas de derecho privado con personalidad distinta a la de las corporaciones municipales y por ende no pueden ser considerados en sentido estricto trabajadores *de la* municipalidad, la finalidad de la norma es impedir que de una u otra manera se desvirtúe la objetividad con que deben ser manejados los fondos públicos que son precisamente la clase de fondos con los que se manejan esta clase de empresas. Además de ello, debe tenerse en cuenta que la finalidad de estas empresas es la prestación de un servicio públicos municipales. En tal sentido, no podría permitirse que los bienes (también incluidos los caudales) se transfieran de la municipalidad hacia sus trabajadores.

La intervención en los contratos a través de una persona jurídica

29. Estamos aquí ante el caso de que el alcalde, regidor o servidor municipal participan en calidad de miembro del accionariado, representante o trabajador de una persona jurídica de derecho privado que celebra un contrato con la municipalidad. La pregunta en este punto es: ¿las personas jurídicas en las que participe algún miembro del gobierno o la administración municipal están prohibidas de contratar con la municipalidad?

Será la existencia de un conflicto de intereses el criterio que nos permitirá responder a esta cuestión.



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

Existe, pues, un evidente conflicto de interés si quien resulta favorecido con la suscripción de un contrato con la municipalidad sea una persona jurídica relacionada con algún miembro de la comuna. Será en cada caso concreto en donde se evaluará la existencia o no de un conflicto teniendo en cuenta la posición que ocupa el sujeto tanto en la municipalidad (o la empresa municipal) como en la persona jurídica privada. En esta última, entre más importante sea su posición en la administración y gobierno tanto más, podrá existir la posibilidad del conflicto de intereses y la certeza de que existió un favorecimiento en la celebración del contrato. Igualmente, también como en anteriores casos, constituye un criterio de evaluación el comportamiento del alcalde, regidor o trabajador municipal, por ejemplo, comunicando formalmente a la municipalidad la existencia del vínculo con la empresa privada o sometiendo su intervención a criterios objetivos o racionales de selección.

C. El caso concreto

30. En el caso concreto que nos ocupa, el solicitante de la vacancia argumenta que el regidor Fernando Tunjar Wong ha infringido la prohibición de contratar sobre bienes municipales. Ya se ha demostrado en la presente resolución que existió, sea en los hechos, sea en el documento que obra en autos, que la empresa de la que el regidor es accionista sí participó en la construcción de una obra municipal. La particularidad del presente caso es que la relación con la municipalidad no es directa, es decir, no existió un contrato o acuerdo entre la municipalidad y la empresa del regidor.

31. La municipalidad no tenía cómo prever que la empresa con la que contrató la construcción de una obra municipal, luego de un proceso de licitación que no ha sido cuestionado, iba a subcontratar con la empresa en la que participa un regidor de la misma municipalidad, más aún si en contravención a una de las cláusulas del contrato, la subcontratación se realizó de manera inconsulta.

Este hecho exime de responsabilidad a la municipalidad y a su alcalde, pero no al regidor en cuestión porque este sí sabía perfectamente de que su empresa intervenía en una obra municipal al colaborar, en la modalidad de subcontratación, en la construcción del local institucional de una empresa municipal.

El conflicto de intereses es pues evidente toda vez que los fondos municipales que han servido para pagar la obra a cargo del contratista han servido también para pagar al subcontratista. Así, la relación contractual es indirecta pero no por ello inexistente. A ello debe agregarse que el regidor en cuestión es uno de los dos accionistas de la empresa subcontratista, razón por la cual no puede argumentarse que desconocía de los hechos que ameritan su vacancia.

Por ende, se ha infringido la prohibición de contratar sobre bienes municipales establecida en el artículo 63 de la Ley Orgánica de Municipalidades y, al mismo tiempo, se ha incurrido en la causal de vacancia del inciso 9 del artículo 22 de la misma Ley.



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

El Jurado Nacional de Elecciones, en uso de sus atribuciones:

RESUELVE

Artículo Primero.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación presentado por el señor Amilton Villacrés Amaya; en consecuencia, revocar el Acuerdo del Concejo Municipal N° 144-SE-MPM que declaró infundado el recurso de reconsideración planteado contra el Acuerdo de Concejo N° 127-SE-MPM que, a su vez, declaró improcedente la vacancia de don Fernando Tunjar Wong al cargo de regidor del Concejo Provincial de Maynas, departamento de Loreto.

Artículo Segundo.- Declarar la vacancia de don **Fernando Tunjar Wong** al cargo de regidor del Concejo Provincial de Maynas, departamento de Loreto, dejando sin efecto la credencial que le fue otorgada con motivo de las elecciones municipales del año 2006.

Artículo Tercero.- Convocar al señor **Alex Guner Alvan Rivas**, candidato no proclamado de la organización política “Restauración Nacional”, para que asuma el cargo de regidor del Concejo Provincial de Maynas, departamento de Loreto, para completar el periodo de gobierno municipal 2007-2010, otorgándosele la respectiva credencial.

Artículo Cuarto.- Remitir a la Controlaría General de la República y el Ministerio Público las copias certificadas pertinentes a efectos de que evalúen las irregularidades administrativas o penales señaladas en la presente resolución para los fines correspondientes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

S.S.

SIVINA HURTADO

MINAYA CALLE

VELARDE URDANIVIA



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR DOCTOR ULISES MONTOYA ALBERTI ES EL SIGUIENTE:

CONSIDERANDO:

1. Que, en el presente caso, se ha solicitado la vacancia del cargo de Regidor del señor Fernando Tunjar Wong por la causal prevista en el Artículo 63° de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, al haberse contratado la ejecución de una obra municipal por interpósita persona, toda vez que la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Maynas- Caja Maynas, perteneciente al Concejo Provincial de Maynas, celebró un contrato para la ejecución de una obra, resultando beneficiado dicho Regidor como subcontratista de la misma, a través de la empresa Construcciones y Servicios Lifer SAC, de la cual es propietario del 20% de las acciones.
2. Sobre el particular, es conveniente analizar los siguientes aspectos: la relación entre el Concejo Provincial de Maynas y las empresas Consorcio Maynas- Contratista, y Construcciones y Servicios Lifer SAC- Sub contratista; y si la conducta del Regidor se encuentra dentro de las causales de vacancia señaladas en la Ley Orgánica de Municipalidades No 27972.
3. Al respecto el contrato para la ejecución de la obra “Construcción de la Sede Principal de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Maynas S.A” fue celebrado entre la Caja Maynas y el Consorcio Maynas, habiendo, supuestamente, sub contratado este último con la Empresa Construcciones y Servicios Lifer SAC, para la ejecución de los trabajos de estructuras.
4. En cuanto a los sujetos contratante cabe señalar que la Caja Maynas es una empresa municipal constituida como persona jurídica de derecho público, es una entidad financiera que posee autonomía económica, financiera y administrativa, y tiene como principal fuente de recursos económicos los ingresos provenientes de las colocaciones de préstamos a los microempresarios; en cuanto al Consorcio Maynas se trata igualmente de una persona jurídica de derecho privado.
5. Por otra parte la relación entre el Consorcio Maynas y la empresa Construcciones y Servicios Lifer SAC, es de un contratista con un subcontratista, en la que esta última no tiene relación alguna con la Caja Maynas.
6. En la empresa Construcciones y Servicios Lifer SAC, el Regidor Fernando Tunjar Wong, tiene una participación del 20 % del capital accionario y no ostenta cargo de representación de ésta.
7. Adicionalmente, cabe expresar que, conforme a lo previsto en el Artículo 78° del Código Civil, debe diferenciarse entre la persona jurídica y sus miembros que la integran; en efecto, la persona jurídica tiene existencia distinta de éstos últimos, la ley le reconoce derechos y puede contraer obligaciones de carácter civil. Por otra



Jurado Nacional de Elecciones

Resolución N° 171 - 2009 – JNE

parte, la Ley General de Sociedades establece que la sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el registro, y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.

8. No se ha acreditado la existencia de un conflicto de intereses entre el Concejo Provincial de Maynas y la empresa en cuestión, puesto que no existe una relación directa al no haberse suscrito ningún contrato o acuerdo entre ambos que implique trabajos de alguna clase, igualmente no se ha demostrado lo que podría ser una supuesta hipótesis que el Regidor influyo para que la Caja Maynas le otorgase el contrato al Consorcio Maynas, a efecto que esta última celebre un sub contrato con la empresa de la cual el Regidor es accionista.
9. A mayor abundamiento, y sin perjuicio de lo señalado en los párrafos anteriores, no se ha probado fehacientemente la efectiva ejecución de la obra por parte de la empresa Construcciones y Servicios Lifer SAC, ni que ésta haya recibido contraprestación alguna que implique desplazamiento de recursos de la Caja Maynas. Conforme a la carta, de fecha 12 de octubre del 2008, remitida por la Empresa CEBA S.A, que integra el Consorcio Maynas, a la Municipalidad Provincial de Maynas, obrante a fojas 029, se indica que el Consorcio trató la posibilidad de un sub contrato con la empresa Construcciones y Servicios Lifer SAC, el mismo que no se concretó debido a que la representante de dicha empresa no presentó su Registro de Contratista.
10. En este sentido no hay elementos que demuestren que la conducta del Regidor Fernando Tunjar Wong, se encuentra tipificada como causal de vacancia en los artículos de la Ley Orgánica de Municipalidades, lo que me releva de mayores comentarios y en particular mi apreciación sobre los alcances del artículo 63 de la referida Ley Orgánica.

Que, por estas consideraciones, el sentido de mi voto es porque se declare **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por el ciudadano Amilton Villacrés Amaya contra el Acuerdo de Concejo N° 144-SE-MPM de fecha 14 de noviembre del 2008 que declara infundado el Recurso de Reconsideración contra el Acuerdo N° 127-SE-MPM de fecha 13 de octubre del 2008, que rechazó la solicitud de vacancia del cargo de Regidor del Concejo Provincial de Maynas, del señor Fernando Tunjar Wong, por la causal contemplada en el numeral 9 del Artículo 22° concordante con el Artículo 63° de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972.

SS.

MONTOYA ALBERTI

Bravo Basaldúa
Secretario General